

15 de noviembre de 1999
Español
Original: inglés

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional

Grupo de Trabajo sobre los elementos de los crímenes

Nueva York

16 a 26 de febrero de 1999

26 de julio a 13 de agosto de 1999

29 de noviembre a 17 de diciembre de 1999

Solicitud de los Gobiernos de Bélgica, Costa Rica, Finlandia, Hungría, la República de Corea y Sudáfrica y el Observador Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas respecto del texto preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el párrafo 2 b), c) y e) del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Nota verbal de fecha 7 de julio de 1999 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes de Bélgica, Costa Rica, Finlandia, Hungría, la República de Corea y Sudáfrica y el Observador Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas

Las Misiones Permanentes de Bélgica, Costa Rica, Finlandia, Hungría, la República de Corea y Sudáfrica y el Observador Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas tienen el honor de adjuntar el texto de un documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (véanse los anexos I a III) con el objeto de ayudar a la Comisión Preparatoria a elaborar el texto relativo a los elementos de los crímenes de los que conocerá la Corte.

La documentación que figura en la presente nota se refiere a los crímenes que se enumeran en el párrafo 2 b), c) y e) del artículo 8 del Estatuto.

Las Misiones Permanentes de Bélgica, Costa Rica, Finlandia, Hungría, la República de Corea y Sudáfrica y el Observador Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas piden que se distribuya la presente nota y sus anexos como documento de la Comisión Preparatoria.

* Publicado nuevamente por razones técnicas.

Los anexos de la anterior versión del presente documento, de fecha 14 de julio de 1999, se publicaron en inglés, el idioma en que fueron presentados.

Anexo I

Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre los incisos viii), x), xiii), xiv), xv), xvi), xxi), xxii) y xxvi) del apartado b), del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Índice

	Página
Introducción	7
Abreviaturas	8
Artículo 8, párrafo 2 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional — Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales	9
Elementos generales que son comunes a los delitos enumerados en el artículo 8 2) b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional	9
Comentario	9
Observaciones sobre determinados crímenes	11
Observaciones generales aplicables a todos los crímenes	11
Artículo 8 2) b) viii) — El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio	11
1. Resultados del estudio de las fuentes	11
2. Comentario	11
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	11
b) Fundamento jurídico	12
aa) Observaciones generales	12
bb) Observaciones relativas al elemento material	13
1) El traslado directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa	13
2) La deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro fuera de ese territorio	13
cc) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	15
Artículo 8 2) b) x) — Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilación física o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se llevan a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud	15
Mutilación física	15
1. Resultados del estudio de las fuentes	15
2. Comentario	16

a)	Referencia en tratados al crimen de guerra	16
b)	Fundamento jurídico	16
aa)	Observaciones relativas al elemento material	16
bb)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	18
	Experimentos médicos o científicos	19
1.	Resultados del estudio de las fuentes	19
2.	Comentario	19
a)	Referencia en tratados al crimen de guerra	19
b)	Fundamento jurídico	20
aa)	Observaciones relativas al elemento material	20
bb)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	23
	Artículo 8 2) b) xiii) — Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo	24
1.	Resultados del estudio de las fuentes	24
2.	Comentario	24
a)	Referencia en tratados al crimen de guerra	24
b)	Fundamento jurídico	25
aa)	Observaciones relativas al elemento material de este delito	25
1)	Destrucción	25
2)	Confiscación	28
bb)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	32
	Artículo 8 2) b) xiv) — Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga	33
1.	Resultados del estudio de las fuentes	33
2.	Comentario	34
a)	Referencia en tratados al crimen de guerra	34
b)	Fundamento jurídico	34
aa)	Observaciones relativas al elemento material	34
bb)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	37
	Artículo 8 2) b) xv) — Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra	37
1.	Resultados del estudio de las fuentes	37
2.	Comentario	38
a)	Referencia en tratados al crimen de guerra	38
b)	Fundamento jurídico	38

aa) Observaciones relativas al elemento material	38
bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	39
Artículo 8 2) b) xvi) — Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto	40
1. Resultados del estudio de las fuentes	40
2. Comentario	40
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	40
b) Fundamento jurídico	40
aa) Observaciones relativas al elemento material de este delito	40
bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	45
Artículo 8 2) b) xxi) — Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes	45
1. Resultados del estudio de las fuentes	45
2. Comentario	46
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	46
b) Fundamento jurídico	46
aa) Observaciones relativas al elemento material	47
bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	48
Artículo 8 2) xxii — Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f), del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra	48
1. Referencia en tratados al crimen de guerra	48
2. Formas de conducta tipificadas	50
a) Violación	50
aa) Resultados del estudio de las fuentes	50
bb) Comentario	50
1) Observaciones relativas al elemento material	50
2) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	52
b) Esclavitud sexual	52
aa) Resultados del estudio de las fuentes	52
bb) Comentario	52
1) Observaciones relativas al elemento material	52
2) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	53
c) Prostitución forzada	53
aa) Resultados del estudio de las fuentes	53
bb) Comentario	53

1)	Observaciones relativas al elemento material	53
2)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	54
d)	Embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7	54
e)	Esterilización forzada	54
f)	Cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra	55
aa)	Resultados del estudio de las fuentes	55
bb)	Comentario	55
1)	Observaciones relativas al elemento material	55
2)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	55
Artículo 8 2) b) xxvi) — Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades		57
1.	Resultados del estudio de las fuentes	57
2.	Comentario	57
a)	Referencia en tratados al crimen de guerra	57
b)	Fundamento jurídico de los elementos del crimen	57
aa)	Observaciones relativas al elemento material	57
bb)	Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	59

Introducción

En la Conferencia Diplomática sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, se decidió que la Comisión Preparatoria elaborase un proyecto de texto acerca de los elementos del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. A este respecto, el artículo 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula que “*los elementos de los crímenes que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 ..., serán aprobados por [...] de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes*”. El presente documento obedece al propósito de ayudar a la Comisión Preparatoria a preparar el texto de los elementos de los crímenes enumerados en el párrafo 2 del artículo 8 y se limita a indicar las fuentes correspondientes y los resultados del estudio de esas fuentes. El documento no recoge decisión alguna adoptada en un período de sesión anterior de la Comisión Preparatoria. La parte III se refiere exclusivamente a los crímenes de guerra expresamente enumerados en el artículo 8 2) b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El estudio de las fuentes consistió en el análisis y la investigación exhaustivos de la jurisprudencia aplicable y de los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En cuanto a la jurisprudencia, se estudiaron causas sustanciadas en los procesos de Leipzig, en procesos sustanciados después de la segunda guerra mundial, entre ellos los de Nuremberg y los de Tokio, así como jurisprudencia nacional, y decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda. Se examinó la jurisprudencia nacional sobre crímenes de guerra que se pudiera consultar en alemán, francés o inglés. También se analizaron decisiones de órganos internacionales y regionales de derechos humanos a fin de aclarar más ciertos delitos. Es importante observar que las diversas fuentes a que se hace referencia en el presente documento fueron seleccionadas con un criterio exclusivamente objetivo y en razón de su pertinencia y no debe considerarse que reflejen una posición ni una opinión determinada.

El documento tiene la siguiente estructura. En *primer lugar*, se indican respecto de cada uno de los crímenes enumerados en el artículo 8 2) b) del Estatuto los resultados del estudio de las fuentes. Se emplea el término “elemento material” para describir el *actus reus* (el acto o la omisión) y la expresión “elemento de intencionalidad” para describir la *mens rea* o la intención necesaria para perpetrar el crimen. En *segundo lugar*, en un comentario que consigna un análisis de las diversas fuentes estudiadas se indican los fundamentos jurídicos de los resultados indicados.

Es importante señalar que en el presente documento no se hace referencia a la responsabilidad de los comandantes, los superiores o los subordinados (artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) ni a las cuestiones relativas a los crímenes de instigación, tentativa, conspiración u otras formas de complicidad (artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Abreviaturas

En el presente documento se emplean las siguientes abreviaturas:

- A.D. Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
- CG Los cuatro Convenios de Ginebra
- CG I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña de 12 de agosto de 1949
- CG II Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 12 de agosto de 1949
- CG III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949
- CG IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra de 12 de agosto de 1949
- ILM International Legal Materials
- ILR International Law Reports
- PA I Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977
- PA II Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1977
- WCC War Crimes Commission

Artículo 8, párrafo 2 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional — Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales

Elementos generales que son comunes a los delitos enumerados en el artículo 8 2) b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Que la conducta tenga lugar en el contexto de un conflicto armado internacional.

Comentario

Los crímenes de guerra, definidos en el artículo 8 2) b) del Estatuto se refieren a las conductas que tienen lugar en el contexto de un conflicto armado internacional.

Definición de conflicto armado internacional

El término conflicto armado internacional se define en el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia determinó que un conflicto armado internacional “*existe siempre que se recurre a la fuerza armada entre los Estados*”¹.

Ámbito temporal y alcance geográfico del conflicto armado

En lo relativo al ámbito temporal, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia declaró que:

“*el derecho humanitario internacional es aplicable desde el inicio de estos conflictos armados y su vigencia persiste después del cese de las hostilidades*[²], hasta que se llegue a una conclusión general de paz.”³

Los Convenios de Ginebra no determinan explícitamente el alcance geográfico del conflicto armado internacional. Sin embargo, a este respecto el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo que:

“*estas disposiciones hacen pensar que por lo menos algunas de las cláusulas de los Convenios son aplicables a todo el territorio de las partes en el conflicto, y no sólo a las cercanías de las zonas donde tienen lugar las hostilidades. Es cierto que algunas de las disposiciones están explícitamente vinculadas a las hostilidades, y que su alcance geográfico debería estar limitado en consecuencia. Otras, en particular las relativas a la protección de los prisioneros de guerra y los civiles, no están sujetas a esta limitación.*”⁴

¹ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic: Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párr. 70, pág. 37.

² Véanse por ejemplo el artículo 5 del CG I y el artículo 5 del CG III, que son aplicables hasta que las personas protegidas que han caído en poder del enemigo han sido liberadas y repatriadas.

³ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic: Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párr. 70, pág. 37.

⁴ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic: Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párr. 68, pág. 36.

Relación entre la conducta y el conflicto armado

Según el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia:

“No obstante, debe establecerse un nexo suficiente entre los delitos que se cometieron en el campamento de Celebici y el conflicto armado internacional que hace aplicables las disposiciones sobre una infracción grave”⁵.

En lo referente al vínculo necesario entre los actos del acusado y el conflicto armado, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo lo siguiente:

“Para que un crimen quede comprendido en la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, debe demostrarse la existencia de un nexo suficiente entre el presunto delito y el conflicto armado que hace aplicable el derecho humanitario internacional.”⁶

“Por consiguiente, para que un delito constituya una violación del derecho humanitario internacional, esta Sala de Primera Instancia ha de estar convencida de que cada uno de los actos presuntos estuvo, de hecho, estrechamente relacionado con las hostilidades.”⁷

Como se infiere de lo anterior, debe existir un vínculo suficiente entre el acto criminal y el conflicto armado. Si uno de estos crímenes se comete en el curso del combate o de la toma de una ciudad, por ejemplo, esta circunstancia haría del acto un crimen de guerra. Sin embargo, la conexión directa con las hostilidades no es una condición requerida en cada situación.

Autores potenciales

En lo tocante a los autores potenciales de los crímenes de guerra, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia declaró, en relación con la *causa Celebici* y sobre la base de ciertos procesos celebrados después de la segunda guerra mundial que:

“ni siquiera es necesario que el autor forme parte de las fuerzas armadas, o tenga derecho a la condición de combatiente con arreglo a los Convenios de Ginebra, para que pueda cometer crímenes de guerra durante un conflicto armado internacional”⁸.

⁵ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Celebici Case* (Delalic, Mucic, Delic and Landzo), Trial Chamber II, Prosecution’s Response to Defendants’ Motion for Judgement of Acquittal or in the alternative Motion to Dismiss the Indictment at the Close of the Prosecutor’s Case, 06.03.98, IT-96-21-T, párr. 3.34, pág. 26.

⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic: Opinion and Judgement*, 7 de mayo de 1997, IT-94-1-T, párr. 572, pág. 207.

⁷ Ibíd., párr. 573, pág. 207. Véase también: en la *causa Tadic*, el Tribunal sostuvo lo siguiente: “El nexo requerido sólo es una relación entre el conflicto y la privación de libertad, y no que la privación se haya producido durante el combate” (Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic: Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, párr. 69, pág. 37). Además, “basta con que los crímenes presuntos estuvieran estrechamente relacionados con las hostilidades registradas en otros lugares de los territorios controlados por las partes en el conflicto”, ibíd., párr. 70, pág. 38; Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Fallo, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 193 y 194, pág. 74.

⁸ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia II, *Prosecutor’s Response to Defendants’ Motion for Judgement of Acquittal or in the alternative Motion to Dismiss the Indictment at the Close of the Prosecutor’s case*, 06.03.98, IT-96-21-T, párr. 3.25, pág. 22.

En un juicio anterior celebrado en el Reino Unido, la *causa Essen Lynching*, varios civiles figuraron entre las personas declaradas culpables de haber dado muerte a tres prisioneros de guerra británicos o de haber participado en este acto⁹. En otros juicios celebrados al final de la segunda guerra mundial, personas de varias categorías, además de los miembros de las fuerzas armadas, fueron declaradas culpables de diversos crímenes de guerra (véase la parte I de este estudio).

Observaciones sobre determinados crímenes

Observaciones generales aplicables a todos los crímenes

- Con respecto a los términos “ilegal”, o “legal”, utilizados en los elementos de varios crímenes, es importante insistir en que se refieren a la legalidad con arreglo al derecho internacional. Así se manifestó reiteradamente en diversos juicios sustanciados después de la segunda guerra mundial (“*en contravención de las leyes y los usos de la guerra*”) como se ha indicado en la primera parte del presente estudio.
- El concepto de “intencionalmente” incluye los de “deliberadamente” y “temerariamente”, pero excluye la negligencia común. El término “a sabiendas” debe interpretarse en el sentido del artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que define el “conocimiento” como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una circunstancia en el curso normal de los acontecimientos (véase art.30 3)).

Artículo 8 2) b) viii) — El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor, ilegalmente, haya:
 - a) Trasladado, directa o indirectamente, parte de su población civil al territorio que ocupa; o
 - b) Deportado o trasladado a la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado deliberadamente y a sabiendas.

2. Comentario

⁹ UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. I, págs. 88 a 92.

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

El crimen definido como “el traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio” se deriva directamente del artículo 85 4) a) del PA I, con dos excepciones: se han incluido las palabras “directa o indirectamente”, y se ha omitido la referencia al artículo 49 del CG IV.

b) Fundamento jurídico**aa) Observaciones generales**

El delito definido en esta parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a dos situaciones:

- El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa.

Esta parte del artículo 8 2) b) viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica como delito una violación del artículo 49 6) del CG IV (“*La Potencia ocupante no podrá proceder a la evacuación o transferencia de una parte de su propia población civil al territorio por ella ocupado.*”) y no está incluida en el artículo 8 2) a) vii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- La deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

Según el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al PA I, este delito incluido en el artículo 85 4) a) del PA I,

“es simplemente una repetición del artículo 147 del Cuarto Convenio, y el artículo 49 de dicho Convenio, al que se hace referencia, sigue rigiendo sin variación.”

El artículo 49 1) del CG IV (“*Los traslados en masa o individuales, de carácter forzoso, así como las deportaciones de personas protegidas desde el territorio ocupado hacia el territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro Estado, se halle o no ocupado, quedan prohibidos, fuere cual fuere el motivo*”), prohíbe explícitamente la deportación o el traslado fuera del territorio ocupado. No obstante, esta prohibición no parece limitarse a esas situaciones. En lo relativo a los desplazamientos dentro del territorio ocupado, el comentario del CICR es el siguiente:

“El artículo 49 del Cuarto Convenio prohíbe todos los traslados de carácter forzoso, así como las deportaciones de personas protegidas desde el territorio ocupado (párrafo 1).”¹⁰

y

“con el empleo del término ‘sin embargo’, el párrafo 2 [del artículo 49 del CG IV] indica claramente que el párrafo 1 prohíbe también los traslados de carácter forzoso dentro del territorio ocupado. De lo señalado en el ‘Comentario IV’, págs. 278 a 280 y 599, puede deducirse que este traslado de carácter forzoso ya era una infracción grave en el sentido de lo dispuesto en el artículo 147; W. A. Solf y E.

¹⁰ Zimmermann en: *Commentary on the AP*, art. 85, No. 3502, pág. 1000.

R. Cummings, op. cit., págs. 232 y 233, comparten esta opinión; E. J. Roucounas, op. cit., pág. 116, sostiene lo contrario.”¹¹

La fórmula elegida en el artículo 85 4) a) del PA I, y por ende en el artículo 8 2) b) viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aclara explícitamente que tanto la deportación como el traslado fuera del territorio ocupado, así como los desplazamientos dentro de dicho territorio, constituyen un crimen de guerra¹².

Por consiguiente, esta parte del artículo 8 2) b) viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional puede considerarse una simple repetición del artículo 8 2) a) vii): deportación o traslado ilegales.

Hasta ahora no hay conclusiones de los tribunales especiales sobre los elementos de este crimen.

La cuestión de la deportación o el traslado forzoso es objeto de los artículos 45 y 49 del CG IV. El artículo 147 de este Convenio califica de infracción grave el delito de “deportación y traslado ilegal de un civil”. El artículo 85 4) a) del PA I confirma y modifica este delito. Las condiciones establecidas en estas disposiciones pueden dar una indicación sobre los elementos de este crimen¹³.

bb) Observaciones relativas al elemento material

- 1) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa

En comparación con el artículo 85 4) a) del PA I, la definición de este delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional lleva añadidas las palabras “directa o indirectamente”. La inclusión de la palabra “indirectamente” parece indicar que no es necesario que la población de la Potencia ocupante haya sido forzada físicamente u obligada por cualquier otro medio. Por consiguiente, en este crimen de guerra pueden quedar comprendidos los actos encaminados a instigarlo o facilitarlo. El hecho de que haya de ser la “Potencia ocupante” la que efectúe el traslado parece atribuir la condición de requisito a la intervención del gobierno. En cuanto a la responsabilidad penal individual, la definición de este delito parece dar por supuesto que la conducta del autor ha de ser imputable a la Potencia ocupante; por consiguiente, los individuos que actúen a título privado no serán penalmente responsables.

Del término “parte de su población civil” parece inferirse que el traslado de un cierto número de individuos es un elemento constituyente de este delito.

- 2) La deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio

Como se ha indicado anteriormente, esta parte del artículo 8 2) b) viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional es una simple repetición del artículo 8 2) a) vii). Por consiguiente, la jurisprudencia mencionada y las conclusiones expuestas respecto de este último inciso también son aplicables a este delito. En resumen, los principales elementos son los siguientes:

¹¹ Zimmerman, ibíd., nota 28.

¹² Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor’s pre-trial brief: elements of articles 2, 3, and 5 of the Tribunal Statute, *The Prosecutor v. Milan Kovacevic*, IT-97-24-PT, págs. 15 y sigs.

¹³ Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention*, Geneva 1958, art. 147, pág. 599 y Wolfrum, en: Fleck (ed.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, pág. 534, afirman que el crimen de guerra definido en el artículo 147 CG IV se refiere a las infracciones de los artículos 45 y 49 del CG IV.

- La definición menciona solamente “la población del territorio ocupado”. Por consiguiente, la nacionalidad de las víctimas no parece tener relevancia. De la expresión “parte de su población” parece inferirse que la deportación o el traslado han de afectar a más de una persona.
- El desplazamiento de toda la población, o parte de ella, del territorio ocupado sólo será legítimo en las condiciones establecidas en el artículo 49 2) del CG IV (“*Sin embargo, la Potencia ocupante podrá proceder a la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo exigiese la seguridad de la población o imperiosas necesidades militares. Las evacuaciones no podrán acarrear el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior mismo del territorio ocupado, salvo casos de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan terminado las operaciones de guerra en ese sector.*”)

Así pues, sólo la seguridad de la población del territorio ocupado o necesidades militares imperiosas pueden justificar una evacuación total o parcial de una región ocupada.

En lo relativo a la seguridad de la población evacuada, el comentario del CICR dice lo siguiente:

“Si [...] una región está en peligro como consecuencia de operaciones militares o puede ser objeto de un bombardeo intenso, la Potencia ocupante tiene el derecho y, a reserva de lo dispuesto en el artículo 5, el deber de evacuarla parcial o totalmente, trasladando a los habitantes a lugares de refugio.”¹⁴

En cuanto a las evacuaciones justificadas por necesidades militares imperiosas, el comentario del CICR se refiere a situaciones en que “*la presencia de personas protegidas en una región obstaculiza las operaciones militares*”, y consideraciones militares prioritarias hacen que la evacuación sea indispensable¹⁵. Las evacuaciones autorizadas en estas circunstancias sólo podrán tener lugar en el interior mismo del territorio ocupado, salvo casos de imposibilidad material.

- La exigencia del artículo 49 del 2) CG IV, de que las personas protegidas sean devueltas a sus hogares en cuanto hayan cesado las operaciones militares en la región de que se trate, demuestra el carácter temporal de una evacuación autorizada.
- Un elemento complementario para la determinación de la legitimidad se encuentra en el artículo 49 3) del CG IV. Según esta disposición:

“*La Potencia ocupante, al proceder a tales traslados o evacuaciones, deberá actuar de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en locales adecuados, que los desplazamientos se llevan a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, higiene, seguridad y alimentación, y que no se separen, unos de otros, a los miembros de una misma familia.*”¹⁶

¹⁴ Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention, Geneva 1958*, Art. 147, pág. 280.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ El Tribunal Militar de los Estados Unidos de América insistió también en esta condición en la *causa A. Krupp*; el Tribunal se sumó al siguiente pronunciamiento del magistrado Phillips en su opinión coincidente del *Juicio Milch* (Tribunal Militar de los Estados Unidos de América en: *UN War Crimes Commission, Law reports of Trials of War Criminals, vol. VII*, págs. 45 y 46, 55 y 56), que se basaba en la interpretación de la Control Council Law No. 10: “La deportación es ilegal [...] cuando no se observan las normas generalmente reconocidas de decencia y humanidad”; *A Krupp Trial, U.S. Military Court*, en: *UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. X*, págs. 144 y sigs. (sin bastardilla en el original).

Nota: En el artículo 78 del PA I figura una disposición especial para los niños:

“1. Ninguna Parte en conflicto dispondrá la evacuación a un país extranjero de niños que no sean nacionales suyos, salvo en caso de evacuación temporal, cuando así lo requieran razones imperiosas relacionadas con la salud del niño, su tratamiento médico o, excepto en territorio ocupado, su seguridad. Cuando pueda encontrarse a los padres o tutores, se requerirá el consentimiento escrito de éstos para la evacuación. Si no se los puede encontrar, se requerirá para esa evacuación el consentimiento escrito de las personas que conforme a la ley o la costumbre sean los principales responsables de la guarda de los niños. Toda evacuación de esa naturaleza será controlada por la Potencia protectora de acuerdo con las Partes interesadas, es decir, la Parte que organice la evacuación, la Parte que acoja a los niños y las Partes cuyos nacionales sean evacuados. En todos los casos, todas las Partes en el conflicto tomarán las máximas precauciones posibles para no poner en peligro la evacuación.

2. Cuando se realice una evacuación de conformidad con el párrafo 1, la educación del niño, incluida la educación religiosa y moral que sus padres deseen, se proseguirá con la mayor continuidad posible mientras se halle en el país donde haya sido evacuado.”

cc) *Observaciones relativas al elemento de intencionalidad*

En lo referente al elemento de intencionalidad, en varios procesos celebrados después de la segunda guerra mundial, en los que se juzgaban casos de deportación, los acusados fueron declarados culpables por que habían cometido los delitos “deliberadamente y a sabiendas”¹⁷.

El Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia declaró lo siguiente:

*“Como parte del requisito de mens rea, el acusado o un subordinado tiene que haber sido consciente de los hechos que hicieron ilegal la deportación o el traslado, o haberlos ignorado deliberadamente.”*¹⁸

No parece que existan otros requisitos para el elemento de intencionalidad, aparte de los mencionados en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Artículo 8 2) b) x) — Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilación física o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se llevan a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud

Mutilación física

¹⁷ *Flick and Five Others Case*, U.S. Military Court, en: *UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IX, pág. 3; *G. Farben Trial*, ibíd., vol. X, págs. 4 y sigs.; *A. Krupp Case*, ibíd., págs. 74 y sigs.

¹⁸ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Pre-trial brief: elements of articles 2, 3 y 5 of the Tribunal Statute, The Prosecutor v. Milan Kovacevic*, IT-97-24-PT, pág. 16.

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya mutilado físicamente, o haya causado una mutilación física, a una persona.
2. Que la persona estuviera en poder de una parte adversa (una parte que no sea aquella de la que depende la persona).
3. Que la conducta haya causado la muerte o haya puesto en grave peligro la salud [física o mental] de la persona.
4. Que la conducta sea ilegítima (incluso con el consentimiento de la víctima) si no está justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona protegida ni se lleva a cabo en su interés, esto es, todo tratamiento médico que no sea adecuado para el estado de salud de la persona interesada ni se ajuste a normas médicas generalmente aceptadas, que se aplicaría en circunstancias médicas análogas a personas que sean nacionales de la parte que aplica el tratamiento, y que no estén en modo alguno privadas de libertad.

Elemento de intencionalidad

5. Que el autor haya actuado deliberadamente.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

El delito de “mutilación física” se deriva en lo esencial del artículo 11 2) a), en relación con el artículo 11 4) del PA I.

b) Fundamento jurídico

No resuelta que haya decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni del Tribunal Internacional para Rwanda relativas a este delito.

aa) Observaciones relativas al elemento material

Mutilación física

El término “mutilación física” o, en algunos casos, “mutilación”, aparece en varias disposiciones de los Convenios de Ginebra (artículos 13 1) del CG III, 32 del CG IV, artículo 3 común), y posteriormente en los Protocolos Adicionales (artículos 11 2) a), 75 2) a) iv) del PA I y 4 2) b) del PA II). No se ofrece ninguna otra definición. Respecto de estas disposiciones, el CICR considera que, en general, este término es suficientemente explícito¹⁹.

Según el Cambridge International dictionary of English (1995), por “mutilar” se entiende “causar una lesión grave, en especial cercenando violentamente una parte del

¹⁹ Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention, Geneva 1958*, Art. 32, págs. 233 y sigs.: en “‘Castigo corporal y mutilación’ — Estas expresiones son tan claras que no precisan de un comentario detallado. Al igual que la tortura, están comprendidas en la idea general de ‘sufriimiento físico’. La mutilación, que es una forma de agresión particularmente censurable y atroz [...]”.

cuerpo” (pág. 933), y el Oxford Advanced Learner’s Dictionary (1992) lo define como “*herir, lesionar o desfigurar a alguien fracturando, arrancando o cercenando una parte necesaria del cuerpo*” (pág. 819). Todas estas definiciones hacen referencia a un acto de violencia física. Por consiguiente, las expresiones “mutilaciones físicas” del artículo 8 2) b) x) y “mutilaciones” del artículo 8 2) c) i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional deben considerarse sinónimas.

El comentario a los Protocolos Adicionales menciona en particular, como ejemplo de mutilaciones físicas²⁰, las amputaciones y las lesiones en las extremidades. En lo relativo a la mutilación “justificada”, el comentario dice lo siguiente:

“Sin embargo, hay algunas excepciones lógicas si el tratamiento ‘está justificado de conformidad con las condiciones previstas en el párrafo 1 [del artículo 11 del PA I]’, es decir, esencialmente, como hemos visto, si se aplica para mejorar el estado de salud de la persona interesada.

*En este sentido, es evidente que algunas mutilaciones pueden ser indispensables, como en el caso de la amputación de una extremidad gangrenosa.”*²¹

Nota: No hay indicaciones de que el término “mutilación”, cuando se emplea en relación con delitos cometidos en un conflicto armado internacional, tenga un significado distinto al que tendría en el contexto de un conflicto armado no internacional, como en el artículo 8 2) c) i) del estatuto de la Corte Penal Internacional.

Persona en poder de una parte adversa

El ámbito personal de aplicación de este delito puede determinarse de conformidad con el artículo 11 del PA I, que emplea la misma terminología. Según el comentario del CICR, por “persona en poder de una parte adversa” se entiende principalmente:

“los prisioneros de guerra, los civiles internados, las personas a las que se ha negado la autorización para salir del territorio de esta parte adversa, e incluso a todas las personas pertenecientes a una parte en el conflicto que se encuentren simplemente en el territorio de la parte adversa. El término ‘territorio de la parte adversa’ significa en este contexto el territorio sobre el que esta parte ejerce una autoridad pública de hecho.

*Sin embargo, no es necesario que los nacionales de un país enemigo tengan algo que ver directamente con las autoridades: el mero hecho de que se encuentren en el territorio de la parte adversa, según la definición anterior, entraña que “están en poder” de esta parte. En otras palabras, como se indica en el comentario relativo al cuarto Convenio, la expresión “en poder” no debe entenderse necesariamente en sentido literal: significa simplemente que la persona se encuentra en el territorio bajo control de la Potencia de que se trate. Por último, los habitantes del territorio ocupado por la parte adversa también están en poder de esta parte.”*²²

Y no esté justificado por el tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona interesada ni se lleve a cabo en su interés

Este texto se deriva directamente del artículo 13 del CG III y es ligeramente distinto del artículo 11 1) del PA I (“que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de

²⁰ Sandoz, en: *Commentary on the AP*, Art. 11, No. 478, pág. 156.

²¹ Sandoz, en: *Commentary on the AP*, Art. 11, No. 479 y sig., págs. 156 y sigs.

²² Sandoz en: *Commentary on the AP*, Art. 11, No. 468, P. 153 (no se incluye la nota de pie de página).

acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarán en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la parte que realiza el acto”).

Hasta ahora no existe ninguna jurisprudencia que defina en detalle estos conceptos. No obstante, las siguientes directrices aprobadas por la Asamblea Médica Mundial²³ pueden servir para aclarar esos términos.

Reglamentos de la Asamblea Médica Mundial en tiempos de conflicto armado

1. *La ética de la profesión médica es exactamente igual en tiempos de conflicto armado que en tiempos de paz, según establece el Código Internacional de Ética Médica, de la Asociación Médica Mundial. La obligación primera del médico es su deber profesional: en el desempeño de sus funciones profesionales, la guía suprema del médico es su conciencia.*

a) *Aconsejar o aplicar procedimientos profilácticos, diagnósticos o terapéuticos que no estén justificados en interés del paciente.*

b) *Debilitar la fuerza física o mental de un ser humano sin justificación terapéutica.*

c) *Emplear los conocimientos científicos para poner en peligro la salud o acabar con la vida humana.*

3. *Los experimentos con seres humanos en tiempos de conflicto armado se rigen por el mismo código que en tiempos de paz: está terminantemente prohibido practicarlos con las personas privadas de libertad, especialmente con prisioneros civiles y militares y con la población de los países ocupados. [...]*

Normas que rigen la atención de enfermos y heridos, en particular en tiempo de conflicto

A.1 *En toda circunstancia, cualquier persona, militar o civil, deberá recibir rápidamente la atención que necesita, sin consideraciones por razón del sexo, raza, nacionalidad, religión, afiliación política o cualquier otro criterio similar.*

2. *Queda prohibido todo procedimiento que perjudique la salud, la integridad física o mental del ser humano, a menos que esté justificado por razones terapéuticas. [...]*

Que cause la muerte o ponga gravemente en peligro su salud

El acto u omisión debe causar la muerte o poner gravemente en peligro la salud o integridad de las personas de que se trate. El artículo 11.4) del Protocolo Adicional I es más concreto ya que se refiere a la “salud física o mental” y a la integridad de la persona.

El texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional pone de relieve que no es necesario que el acto u omisión afecte la salud, pero que debe ponerla en peligro²⁴. A falta de jurisprudencia al respecto, es difícil ser más concreto sobre este punto. Saber si la salud de una persona se ha puesto o no realmente en peligro es una cuestión de apreciación y

²³ Aprobadas por la 10^a Asamblea Médica Mundial celebrada en La Habana, Cuba en octubre de 1956, editadas por la 11^a Asamblea Médica Mundial, celebrada en Estambul, Turquía en octubre de 1957, y enmendadas por la 35^a Asamblea Médica Mundial, celebrada en Venecia, Italia en octubre de 1983; http://www.wma.net/e/policy/17-50_e.html.

²⁴ Según Sandoz, en : Comentario al artículo del Protocolo Adicional, No. 493, pág. 159, la salud debe “ponerse en peligro de manera clara y significativa”.

el Tribunal debe resolverla no sólo a razón del acto u omisión de que se trate sino también sobre la base de las consecuencias previsibles teniendo en cuenta el estado de salud de la persona afectada²⁵.

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece que hasta la fecha haya una jurisprudencia sobre el elemento de intencionalidad de este delito. Sin embargo, el párrafo 4) del artículo 11 del Protocolo Adicional I, que exige una “acción u omisión deliberada”, y su comentario pueden contribuir a determinar el elemento de intencionalidad de este delito. Puesto que tiene que haber una acción u omisión deliberada para que exista una infracción grave, queda excluida la negligencia. Además el adjetivo “deliberada” también excluye a las personas con una capacidad intelectual reducida o a las personas que actúan sin saber lo que hacen. Por otra parte, el concepto de temeridad, es decir cuando la persona de que se trata acepta el riesgo con pleno conocimiento de causa, si queda incluido en el concepto de intencionalidad²⁶.

Experimentos médicos o científicos

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el delito se haya cometido por acción u omisión.
2. Que el acto u omisión causen la muerte o pongan gravemente en peligro la salud física o mental o la integridad de la persona.
3. Que la persona esté en poder de la Parte adversa (Parte distinta a aquélla de la que depende).
4. Que los experimentos médicos o científicos sean ilegales (incluso si hay consentimiento de la víctima) a menos que estén justificados por razón del tratamiento médico, dental, hospitalario de la persona protegida y se lleven a cabo en su interés, es decir cualquier procedimiento médico que no se justifique por el estado de salud de la persona interesada y que no sea compatible con las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas similares a los nacionales de la Parte que aplica el procedimiento y que no estén en forma alguna privadas de libertad.

Elemento de intencionalidad

5. Que el acto u omisión se cometa deliberadamente.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

El delito consistente en “Someter a personas que estén en poder de la Parte adversa a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que

²⁵ Ibíd.

²⁶ Sandoz, en Comentario al artículo 11 del Protocolo Adicional, No. 493, pág. 159.

causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud” se ha tomado directamente de los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 11 del Protocolo Adicional I.

Los párrafos 1 y 2 b) del artículo 11 del Protocolo Adicional I se refieren a la protección de la “*salud física o mental e integridad física de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma*”, y mencionan concretamente los experimentos médicos o científicos.

b) Fundamento jurídico

aa) Observaciones relativas al elemento material

No existe hasta la fecha ninguna jurisprudencia reciente aplicable a los elementos especiales de este delito, salvo el mencionado en la sección *artículo 8 2) a) ii)* que se ocupa específicamente de los experimentos biológicos.

Sin embargo, es posible referirse a las disposiciones pertinentes del Convenio de Ginebra y del Protocolo Adicional I que incluyen los elementos mencionados de este crimen.

El artículo 13 del Convenio de Ginebra III dice así:

“[...] *En particular, no podrá someterse a ningún prisionero de guerra a mutilaciones físicas o a experiencias médicas o científicas, de cualquier naturaleza, que no estén justificadas por el tratamiento médico del cautivo interesado y que no se apliquen en bien suyo*” (la bastardilla y las negritas son añadidas).

El Artículo 32 del Convenio de Ginebra IV dispone lo siguiente:

“[...] *Esta prohibición [de emplear cualquier medida capaz de causar sufrimiento físico o la exterminación de las personas protegidas en el sentido del artículo 4 del Convenio de Ginebra IV] abarca no solamente el homicidio, la tortura, las penas corporales, las mutilaciones y los experimentos médicos o científicos no exigidos por el tratamiento facultativo de una persona protegida ...*” (la bastardilla y las negritas son añadidas)

El artículo 11 del Protocolo Adicional I dice así:

“1) [...] *se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo [las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo 1 del Protocolo Adicional I] a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto.*

2. *Se prohíben en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas:*

[...]

b) Los experimentos médicos o científicos;

[...]

salvo si estos actos están justificados en las condiciones previstas en el párrafo 1.

4. *Constituirá una infracción grave del presente Protocolo toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquélla de la*

que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2, sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3.” (la bastardilla y las negritas son añadidas).

Al igual que en el caso de los experimentos biológicos, la expresión “experimentos médicos o científicos de cualquier tipo” no se precisa con más detalle. En un proceso a raíz de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal concluyó que el acusado debió haber realizado numerosos experimentos médicos y mencionó los siguientes grupos de experimento: “*experimento de castración, experimento de esterilización, experimentos que provocan embarazos prematuros, experimentos sobre inseminación artificial, experimentos con fines de investigación del cáncer, otros experimentos [por ejemplo inyecciones de hormonas a las mujeres]*”²⁷.

Con respecto a los restantes requisitos, a saber, “persona en poder de la Parte adversa”, “que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, mental u hospitalario de la persona que se trate ni se llevan a cabo en su interés” y “que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud”, véase la sección *supra* sobre “*Mutilación*”. Además del ya citado Reglamento de la Asociación Médica Mundial en tiempo de conflicto armado” y de los principios morales, éticos y jurídicos básicos enumerados en el *Proceso del Doctor*²⁸, en relación con los experimentos médicos, puede encontrarse una formulación más reciente de la ética médica para el caso concreto de la investigación biomédica, en las “*Recomendaciones de la Asociación Médica Mundial para orientación de los médicos en investigaciones biomédicas con sujetos humanos*”²⁹:

“[...] El objeto de la investigación biomédica con seres humanos debe ser mejorar el diagnóstico, los procedimientos terapéuticos y profilácticos y el conocimiento de la etiología y la patogenésis de la enfermedad [...] Puesto que es esencial que los resultados de los experimentos de laboratorio se apliquen a los seres humanos para mejorar los conocimientos científicos y ayudar a la humanidad sufriente, la Asociación Médica Mundial ha preparado las siguientes recomendaciones como guía para todos los médicos que participan en investigaciones biomédicas con seres humanos. Estas recomendaciones deberán revisarse en el futuro. Hay que destacar

²⁷ El *Proceso Hoess*, Tribunal Supremo Nacional, Polonia en Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VII, págs. 14 y sigs. Véase también el *Proceso Milch*, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, Law Report of Trial of War Criminals, vol. VII, págs. 32 y sigs. También se hicieron acusaciones de responsabilidad por experimentos ilegales en el *Proceso de K. Brandt y otros* (*el Proceso del Doctor*), ibíd., vol. I, págs. 11 y sigs. (experimentos a gran altitud, experimentos de congelación, experimentos relacionados con la malaria, experimentos con el gas mostaza, experimentos con sulfanilamida, degeneración de tejido óseo muscular y nervioso, experimentos de trasplante de huesos, experimentos en agua de mar, experimentos de esterilización, experimentos relacionados con la meningitis cerebroespinal, experimentos en las prisiones y el *Proceso de O. Pohl y otros* (Tribunal Militar de los Estados Unidos).

²⁸ Citado en: Tribunal Militar de los Estados Unidos, en Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, Law Report of Trials of War Criminals, vol. VII, págs. 49 y 50. Para el texto, véase la sección *Artículo 8 (2) a) ii*, que trata de los experimentos biológicos, en la primera parte de ese estudio.

²⁹ Aprobadas en la 18^a Asamblea Médica Mundial, celebrada en Helsinki (Finlandia) en junio de 1964 y modificadas en la 29^a Asamblea Médica Mundial, celebrada en Tokio (Japón), en octubre de 1975; 35^a Asamblea Médica Mundial, Venecia (Italia), octubre de 1983; 41^a Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre de 1989; y 48^a Asamblea General, Somerset West, República de Sudáfrica, en octubre de 1996, http://www.wma.net/e/policy/17-e_e.html. Véase también “*International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*”, preparado por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas en colaboración con la Organización Mundial de la Salud, 1993.

que estas normas constituyen únicamente una guía para los médicos de todo el mundo y que los médicos no quedan exentos de su responsabilidad penal, civil y ética de conformidad con la legislación de sus propios países.

I. Principios básicos

1. *La investigación biomédica con seres humanos debe ajustarse a los principios científicos generalmente aceptados y basarse en experimentos de laboratorio y experimentos con animales debidamente realizados y en un conocimiento profundo de la literatura científica.*
2. *El diseño y ejecución de cada experimento con seres humanos debe formularse claramente en un protocolo experimental que debe remitirse para su examen, comentarios y orientación a un comité especialmente designado, independiente del investigador y del patrocinador [...].*
3. *La investigación biomédica con seres humanos deben llevarla a cabo únicamente científicos calificados bajo la supervisión de un facultativo clínicamente competente. La responsabilidad por lo que respecta el sujeto humano debe recaer siempre en una persona médicaamente calificada y no debe recaer nunca en el propio sujeto de la investigación aunque éste haya prestado su consentimiento.*
4. *La investigación biomédica con seres humanos no podrá llevarse a cabo lícitamente a menos que la importancia de su objetivo sea proporcional al riesgo inherente para el sujeto.*
5. *Todo proyecto de investigación biomédica con seres humanos debe ir precedido de una evaluación minuciosa de los riesgos previsibles frente a los beneficios que se esperan para el sujeto o para otros. El interés del sujeto debe prevalecer siempre sobre los intereses de la ciencia y la sociedad.*
6. *El derecho del sujeto de la investigación a que se proteja su integridad debe respetarse siempre. Deben tomarse todas las precauciones para respetar la intimidad del sujeto y reducir al mínimo las consecuencias del estudio sobre la integridad física y mental del sujeto y sobre su personalidad.*
7. *Los facultativos deberán abstenerse de realizar proyectos de investigación con seres humanos a menos que estén convencidos de que los riesgos son previsibles. Los facultativos deberán poner fin a toda investigación si considera que los riesgos superan a los posibles beneficios.*
8. *[Publicación de los resultados de investigación]*
9. *En cualquier investigación con seres humanos, todo sujeto potencial debe ser debidamente informado de los objetivos, métodos, beneficios previstos y riesgos posibles del estudio y de las molestias que puede entrañar. El sujeto debe ser informado de que es libre de abstenerse de participar en el estudio y que puede retirar su consentimiento para participar en cualquier momento. El facultativo deberá en ese caso obtener el consentimiento informado, dado libremente por el sujeto, preferiblemente por escrito.*
10. *Al solicitar el consentimiento informado para un proyecto de investigación, el facultativo deberá tener especial cautela si el sujeto es un familiar suyo o una persona a su cargo, o si es posible que preste su consentimiento bajo coacción. En ese caso, el consentimiento informado deberá ser obtenido por un médico que no participe en la investigación y que sea totalmente independiente de esta relación oficial.*

11. *En caso de incapacidad legal, el consentimiento informado deberá obtenerse del tutor legal, de conformidad con la legislación nacional. Cuando la incapacidad física o mental haga imposible obtener el consentimiento informado, o cuando el sujeto sea un menor, el permiso del familiar responsable sustituirá al consentimiento del sujeto, de conformidad con la legislación nacional. Siempre que el menor pueda efectivamente prestar su consentimiento, deberá obtenerse el consentimiento del menor además del consentimiento de su tutor.*

12. *El protocolo de investigación deberá contener siempre una indicación de las consideraciones étnicas del caso, e indicar que se han respetado los principios enunciados en la presente Declaración.*

II. Investigación médica combinada con atención profesional (investigación clínica)

1. *En el tratamiento del enfermo, el facultativo deberá ser libre de utilizar un nuevo diagnóstico o un nuevo procedimiento terapéutico si, a su juicio, ofrece esperanzas de salvar la vida, restablecer la salud o aliviar los sufrimientos.*

2. *Los posibles beneficios, riesgos y molestias de un nuevo método deberán sopesarse con las ventajas que ofrecen los mejores métodos terapéuticos y de diagnóstico disponibles.*

3. *En cualquier estudio médico, deberá asegurarse a todo paciente, incluidos en su caso los que forman parte de un grupo de control, el mejor método terapéutico y de diagnóstico. Esto no excluye la utilización de un placebo inerte en los estudios cuando no exista un método terapéutico o de diagnóstico de resultados demostrados.*

4. *La negativa del paciente a participar en un estudio no ha de ser nunca un obstáculo en las relaciones entre médico y paciente.*

5. *Si el facultativo considera esencial obtener el consentimiento informado, deberá indicar las razones concretas de su propuesta en el protocolo experimental para transmitirlo al comité independiente (I, 2).*

6. *El facultativo podrá combinar la investigación médica con la atención profesional con el fin de profundizar en los conocimientos médicos, pero únicamente en la medida en que la investigación médica esté justificada por su posible valor terapéutico o de diagnóstico para el paciente. [...]”*

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

En la causa *K. Brandt* (1947), en la acusación se utilizaron los términos “crímenes de guerra cometidos de manera ilegal y deliberada y con conocimiento de causa [...] mediante experimentos médicos”³⁰. No parece que haya ninguna sentencia que especifique

³⁰ Tribunal Militar de los Estados Unidos en *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. I, págs. 11 y sigs.; la misma fórmula se utilizó en la acusación en el *Proceso Milch*, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VII, pág. 28. En este caso el magistrado Musmanno dijo en una opinión concurrente con respecto a los experimentos médicos: “Para declarar culpable a Milch de este cargo debe demostrarse que: 1) Milch tuvo conocimiento de los experimentos; 2) que habiendo tenido conocimiento sabía que por su alcance y su ejecución eran criminales; 3) que había adquirido este conocimiento a tiempo para impedir los experimentos; 4) que podía impedirlos”, Tribunal Militar de los Estados Unidos, 1947 en: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*

claramente el elemento intencional requerido; sin embargo, el párrafo 4 del artículo 11 del Protocolo Adicional I exige una “*acción u omisión deliberada*” y el comentario a ese artículo puede ser útil para determinar el elemento intencional de este delito. Puesto que debe haber una acción u omisión deliberada para que haya una infracción grave, queda excluida la negligencia. Además el adjetivo “deliberado” excluye también a las personas de capacidad intelectual reducida o gravemente afectada o a las personas que actúen sin conocimiento de causa. Por otra parte, el concepto de temeridad, es decir cuando la persona en cuestión acepta el riesgo con pleno conocimiento de lo que hace, sí queda incluido en el concepto de intencionalidad³¹.

Artículo 8 2) b) xiii) – Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya cometido un acto ilícito que dé lugar a la destrucción o confiscación de bienes de la Parte adversa.
2. Que las necesidades de la guerra no hagan imperativa la destrucción o confiscación.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor actúe deliberadamente.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

La definición de este delito procede directamente del apartado g) del artículo 23 de las Reglas de La Haya. Las Reglas de La Haya contienen normas jurídicas amplias y detalladas para la protección de los bienes enemigos. Puesto que el artículo 154 del Convenio de Ginebra IV dispone lo siguiente:

“En las relaciones entre las Potencias obligadas por los Convenios de La Haya relativos a las leyes y costumbres de la guerra en tierra, ya se trate del de 29 de julio de 1899 o el de 18 de octubre de 1907, y que sean partes en el presente Convenio, este último completará las secciones II y III del Reglamento que figura como anexo a dichos Convenios de La Haya.”

tanto las Reglas de La Haya como las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra de 1949 deberán tenerse en cuenta para interpretar este delito, en particular para determinar lo que constituye una conducta ilícita de conformidad con el derecho internacional. Este crimen de guerra se refiere a todos los tipos de bienes del enemigo.

Aunque la destrucción de bienes durante el desarrollo de las hostilidades se examina más detenidamente en las disposiciones del artículo 8 2) b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hay una cierta duplicación entre estas disposiciones y las del *artículo 8*

under Control Council Law No. 10, vol. II, pág. 856. Estas declaraciones se hicieron en relación con las responsabilidades de un oficial superior.

³¹ Sandoz, en: Comentario al artículo 11 del Protocolo Adicional, No. 493, pág. 159.

2) a) iv): *destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente*, en particular por lo que respecta a la destrucción de bienes. Aunque la noción de “apropiarse” parece estar suficientemente definida, no ocurre lo mismo con el término “confiscación”. Habida cuenta de las diversas definiciones de “confiscación”, los términos “confiscación” y “apropiación” parecen tener significados diferentes. Por lo que respecta a la “destrucción” no hay ninguna indicación de que este término deba interpretarse de manera diferente en el caso de ambos delitos. Sin embargo, el delito definido en el artículo 8 2) b) xiii) parece tener un alcance más amplio que el definido en el artículo 8 2) a) iv), puesto que abarca también las disposiciones sobre el desarrollo de las hostilidades que figuran en el Protocolo Adicional I y que se reflejan en otros delitos definidos en el presente Estatuto. Además, el umbral para que un acto constituya un crimen de guerra es ligeramente diferente: en el caso del artículo 8 2) a) iv), la destrucción/apropiación debe ser “a gran escala” y no estar “justificada por necesidades militares” y llevarse a cabo “ilícita y arbitrariamente”, en tanto que el artículo 8 2) b) xiii) considera delito la destrucción o confiscación de bienes a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo³².

b) Fundamento jurídico

aa) Observaciones relativas al elemento material de este delito

De las fuentes que se examinan a continuación pueden sacarse las siguientes conclusiones. Las fuentes citadas entre corchetes se refieren a fuentes complementarias que se analizan detenidamente más adelante.

- La destrucción de bienes puede ser el resultado de acciones muy diversas. Los siguientes actos, entre otros, pueden constituir “destrucción”: incendiar propiedades, destruir, arrasar, mutilar o dañar (véanse los procesos a raíz de la segunda guerra mundial).
- Es evidente que los bienes que no pueden confiscarse lícitamente tampoco pueden destruirse lícitamente.
- Tanto los bienes privados como los bienes públicos están protegidos por disposiciones concretas (artículo 53 del Convenio de Ginebra IV, procesos a raíz de la segunda guerra mundial, Reglas de La Haya).
- En general, la legalidad de la destrucción y la confiscación dependen de las necesidades de la guerra (Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículos 34 y 50 del Convenio de Ginebra I, artículo 51 del Convenio de Ginebra II, artículos 53, 57, 147 del Convenio de Ginebra IV, artículos 23 g) y 52 de las Reglas de La Haya, procesos a raíz de la segunda guerra mundial, actas de acusación del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, con diversas fórmulas). Sin embargo, otras muchas disposiciones que figuran concretamente en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I aplicables al desarrollo de las hostilidades, definen un umbral concreto para determinar la legalidad de la destrucción o confiscación. En consecuencia, es difícil formular los elementos materiales como norma general aplicable a todos los casos posibles de destrucción o confiscación que pudieran estar prohibidos.

³² En relación con el párrafo g) del artículo 23, la Corte, en la *causa F. Holstein and twenty-three others* declaró que su “cuidadosa fraseología se interpreta generalmente en el sentido de que las necesidades de la guerra sólo pueden ser imperativas durante operaciones militares activas”, Tribunal Militar Permanente de Dijon (Francia) en Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, *Law Report of Trials of War Criminals*, vol. VIII, pág. 30.

1) Destrucción

Hasta la fecha, los tribunales especiales no han definido este delito.

El Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en la *causa El Fiscal contra Milan Kovacevic*³³, estimó que los siguientes hechos constituyan los elementos materiales del delito consistente en “destruir bienes y apropiarse de ellas de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente” (véase art. 8 2) a) iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional):

- El acusado o su subordinado destruyeron ilícita y arbitrariamente bienes y muebles personales o se apoderaron o desposeyeron de estos bienes al propietario o a cualquier otra persona;
- La destrucción fue en gran escala, en circunstancias no justificadas por necesidades militares.

En la *causa El Fiscal contra Dario Kordic y Mario Cerkez*, el Tribunal definió los elementos concretos de este delito en los siguientes términos:

- Hubo destrucción en gran escala de bienes;
- La destrucción no estuvo justificada por necesidades militares;
- Los bienes destruidos eran bienes protegidos de conformidad con los Convenios de Ginebra³⁴.

En el mismo caso, el Tribunal definió los siguientes hechos como elementos específicos del delito de “destrucción o devastación arbitraria” de conformidad con el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia:

- Hubo destrucción o devastación de bienes;
- La destrucción o devastación de bienes no estuvo justificada por necesidades militares³⁵.

Con referencia a este delito, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la mencionado *causa El Fiscal contra Milan Kovacevic*, referente a la destrucción o devastación arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, se refirió específicamente al párrafo g) del artículo 23 de las Reglas de La Haya de 1907 en los siguientes términos:

*“Cualquier destrucción o devastación de ciudades, pueblos o aldeas que se produzcan durante operaciones militares activas debe estar justificada por necesidades militares, en el sentido de que resulte necesario para superar a las fuerzas enemigas. La Ley de 1956 del Ejército de los Estados Unidos sobre la guerra terrestre, interpretando el párrafo g) del artículo 23 de las Reglas de La Haya de 1907, dispone que la devastación como un fin en sí mismo o como un acto independiente de guerra no está autorizada por las leyes de la guerra. Debe haber una relación razonablemente estrecha entre la destrucción de bienes y la necesidad de superar las fuerzas enemigas”. (Ejército de los Estados Unidos, Ley sobre la guerra terrestre (GPO: 1956), párr. 56).”*³⁶

³³ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor's pre trial brief: elements of articles 2, 3 and 5 of the Tribunal Statute*, IT-97-24-PT, pág. 16.

³⁴ Ibíd., *The Prosecutor's pre trial brief, The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, pág. 46.

³⁵ Ibíd., pág. 49.

³⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor's pre-trial brief: elements of articles 2, 3, and 5 of the Tribunal Statute, The Prosecutor v. Milan Kovacevic*, IT-97-24-PT, pág. 20. En cuanto a los elementos concretos de la “destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o la

Como se ha señalado antes, no hay ninguna indicación de que el término “destrucción” tenga un significado diferente en el artículo 8 2) b) xiii) que en el artículo 8 2) a) iv). Por ello, tanto la jurisprudencia de diversos procesos a raíz de la segunda guerra mundial, como las disposiciones de los Convenios de Ginebra y de las Reglas de La Haya ya mencionadas, así como las condiciones enunciadas en estas disposiciones, deben tenerse en cuenta para determinar los elementos de este crimen. Además de los casos ya citados, en el siguiente proceso se hace referencia más concretamente al problema de la política de “tierra quemada” en relación con este delito:

En la *causa W. List y otros*, uno de los imputados fue acusado concretamente de “*destrucción arbitraria de ciudades, pueblos y aldeas [...] y de cometer otros actos de devastación, no justificados por razones militares, en los territorios ocupados*”³⁷. Estos actos fueron cometidos durante su retirada de Finlandia hacia el oeste de Noruega. El acusado creyó que el ejército enemigo le seguía de cerca y ordenó una devastación completa, para que no quedase nada que pudiera ayudar al ejército enemigo en su persecución. En realidad, este no era el caso. El ejército enemigo no le perseguía de manera inmediata, sino que estaba a varios días de distancia y hubiera habido tiempo suficiente para que el acusado escapase con sus tropas. No obstante, aplicó una política de tierra quemada que sirvió de base para la acusación. El Tribunal llegó a las siguientes conclusiones con respecto a las cuestiones de hecho:

“*Se destruyeron aldeas y caseríos aislados. Se volaron puentes y carreteras. Se destruyeron las líneas de comunicación. Se destrozaron las instalaciones portuarias. Hubo una destrucción total de viviendas, comunicaciones e instalaciones de transporte. [...] La destrucción fue tan completa y eficaz como pudo hacerlo el ejército. [...] Aunque los rusos no continuaron la persecución como se creía, hay pruebas materiales de que se esperaba que lo hicieran. [...] Hay indicios de que se esperaba un ataque.*”³⁸

En cuanto a los problemas jurídicos el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“*Hay pruebas en el expediente de que no hubo necesidad militar de proceder a esta destrucción y devastación. Un examen retrospectivo de los hechos permite llegar a esta conclusión. Pero estamos obligados a juzgar la situación tal como la apreciaba el acusado en aquel momento. Si los hechos hubiesen justificado realmente esta acción teniendo en cuenta todos los factores y posibilidades del caso, aunque la conclusión alcanzada fuese errónea, no cabe afirmar que la acción fuera criminal. Después de considerar minuciosamente todas las pruebas del caso, estamos convencidos de que al acusado no se le puede considerar penalmente responsable aunque, visto retrospectivamente, el peligro no hubiese existido realmente.*”³⁹

En relación concretamente con el párrafo g) del artículo 23 de las Reglas de La Haya de 1907, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“*Las Reglas de La Haya prohíben destruir o confiscar propiedades enemigas, salvo en los casos en que esta destrucción o confiscación sea imperiosamente impuesta por las necesidades de la guerra*”. Artículo 23 g). *Las Reglas de La Haya son disposiciones obligatorias de derecho internacional. Sus prohibiciones prevalecen*

devastación no justificada por necesidades militares”, véase pág. 19.

³⁷ Tribunal Militar de los Estados Unidos en: Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra. *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, págs. 35 y sigs.

³⁸ Ibíd., pág. 68.

³⁹ Ibíd., págs. 68 y sigs.

sobre las necesidades militares más urgentes, salvo que las propias Reglas dispongan específicamente lo contrario. La destrucción de bienes públicos y privados por las fuerzas militares en retirada para evitar que aprovechen al enemigo puede constituir una situación incluida en las excepciones previstas en el artículo 23 g). No nos corresponde determinar si realmente hubo necesidad militar urgente de devastar y destruir. Lo que nos interesa es la cuestión de si el acusado, en el momento de producirse los hechos, actuó con un criterio razonable de acuerdo con las condiciones que prevalecían en el momento. [...]”⁴⁰

Nota: Esta conclusión del Tribunal a raíz de la segunda guerra mundial debe interpretarse hoy en el contexto del párrafo 5 del artículo 54 del Protocolo Adicional I, que dice así:

“Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en un conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 [se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego] en el territorio bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa.”

Según se ha indicado en la *causa List y otros*, la política de “tierra quemada” ejercida por una Potencia ocupante al retirarse del territorio ocupado se consideró lícita si respondía a una necesidad militar imperiosa. El artículo 54 del Protocolo Adicional I cambia esta situación por lo respecta a las necesidades indispensables para la supervivencia de la población civil: en el caso de necesidad militar imperiosa, una Potencia beligerante puede, en casos extremos, incluso destruir estos objetos en la zona de su propio territorio controlada por ella. En cambio, no puede proceder a esta destrucción en la zona de su territorio bajo control enemigo. En otras palabras, un ejército de ocupación que se retira puede, si las operaciones militares lo exigen imperiosamente, proceder a destrucciones (puentes, ferrocarriles, carreteras, aeropuertos, puertos, etc.) para impedir o frenar el avance de las tropas enemigas, pero no podrá destruir objetos indispensables como son los alimentos, cultivos listos para la cosecha, reservas de agua potable y sistemas de abastecimiento de agua, ni llevarse el ganado. La política de “tierra quemada” aplicada por una Potencia ocupante, incluso cuando se retira de este territorio, no debe afectar a estos objetos.

Además, como se ha señalado antes, la interpretación de este delito en el contexto del artículo 8 2) b) xiii) debe tener en cuenta los delitos relacionados con la destrucción de bienes enumerados en otras partes del artículo 8 del Estatuto, que establece condiciones concretas para que las destrucciones sean lícitas.

2) Confiscación

No existen disposiciones en los tratados de derecho humanitario internacional que aclaren específicamente la noción de “confiscación de bienes”.

El comentario del CICR declara a este respecto:

“Hay una distinción en derecho entre confiscación y requisición. La confiscación se aplica sobre todo a los bienes del Estado que constituyen botín de guerra; la requisición sólo afecta a los bienes privados. Sin embargo, hay ciertos casos, mencionados en el párrafo 2 del artículo 53 de las Reglas de La Haya, en que

⁴⁰ Ibíd., pág. 69.

*también pueden confiscarse bienes privados; pero esta confiscación es sólo una incautación que va seguida de la restitución e indemnización, en tanto que la requisición implica una transferencia de propiedad.*⁴¹

Sin embargo, hay que indicar que esta elección de terminología no es unánime. Una lectura de los principales autores de derecho internacional muestra que no existe una interpretación única de los términos “confiscación” y “requisición”, y que no es siempre clara la distinción entre ambos términos en la legislación sobre conflictos armados⁴². Según su contexto jurídico (por ejemplo ocupación/operación militar/presas marítimas), pueden variar el significado y los efectos jurídicos.

En particular, las siguientes normas que figuran en diferentes instrumentos de derecho humanitario internacional se refieren a actos concretos de confiscación/requisición y establecen las condiciones especiales para determinar su licitud o ilicitud. Como se desprende del artículo 154 del Convenio de Ginebra IV citado antes, las disposiciones de este Convenio complementan las secciones II y III de las Reglas de La Haya. En consecuencia, las normas concretas de las Reglas de La Haya — que contienen otras restricciones — son también pertinentes para determinar la licitud o ilicitud de la confiscación.

Bienes muebles de propiedad pública

- Artículo 53 de las Reglas de La Haya:

“El ejército que ocupa un territorio no podrá secuestrar sino el numerario, los fondos y los valores exigibles de propiedad del Estado, los depósitos de armas, medios de transporte, almacenes y aprovisionamientos y, en general, toda

⁴¹ Pictet (ed.), Comentario al Convenio de Ginebra I, Ginebra, 1958, artículo 34, pág. 296 (nota 2).

⁴² Por lo que respecta a la terminología, entre los autores se encuentran las siguientes opiniones diferentes:

- La confiscación y la requisición pueden distinguirse según la naturaleza de los bienes expropiados: los artículos susceptibles de una utilización militar directa se confiscan; los artículos no susceptibles de una utilización militar directa pero útiles para las necesidades del ejército de ocupación o que avanza se requisan. Como la invasión de los derechos privados es más fuerte en el segundo caso, las condiciones jurídicas para proceder a una requisición son más estrictas (véase Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, 1959, págs. 293 y sigs., 296, 300 y ss; Von der Heydte, *Voelkerrecht*, vol. II, 1960, págs. 324 y sigs.);
- La noción de confiscación se limita a la guerra en el mar, la de requisición a la guerra en tierra (por ejemplo Oppenheim/Lauterpacht, *International Law*, vol. II, 7^a edición 1952, págs. 407 y sigs., 474 a 476);
- La confiscación se refiere a los bienes públicos, la requisición a bienes privados (por ejemplo, Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. II, 1921, págs. 254 y sigs., 281 y sigs.);
- La requisición abarca todos los actos de apropiación de artículos para atender las necesidades del ejército; la confiscación se refiere a los bienes muebles tomados como botín de guerra (por ejemplo, Woolsey, *American Journal of International Law*, 1943, pág. 285);
- La diferencia entre requisición y confiscación es *ratione personae* y eventualmente *ratione materiae*: “*Ratione personae, la confiscación se extiende a los bienes del Estado y a los de los particulares. La requisición, sin embargo, se limita a los bienes de los particulares y de las autoridades locales en territorios ocupados. Ratione materiae, tanto la confiscación como la requisición se refieren sobre todo a bienes muebles, pero en el caso de la requisición, la redacción del artículo 52 [de las Reglas de La Haya] es suficientemente amplia para incluir también los bienes inmuebles*” (por ejemplo Schwarzenberger, *International Law-As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, 1968, pág. 269, véase también págs. 291 y sigs.);
- La requisición parece ser un término técnico que implica un régimen legal, en tanto que la confiscación es un acto concreto de apropiación.

propiedad mobiliaria del Estado que por su naturaleza sirva para las operaciones de guerra.

Todos los medios destinados en tierra, mar y aire a la transmisión de noticias, al transporte de las personas o de las cosas, fuera de los casos regidos por el derecho marítimo, los depósitos de armas y en general toda especie de municiones de guerra pueden ser secuestrados, aunque pertenezcan a sociedades o a personas privadas, pero deberán ser restituidos e indemnizárseles por ello al celebrarse la paz.”

- Artículo 56 de las Reglas de La Haya:

“Los bienes de los municipios, los de establecimientos consagrados al culto, a la caridad y a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun pertenecientes al Estado, serán tratados como la propiedad privada.

Todo secuestro, destrucción o deterioro internacional de tales establecimientos, de monumentos históricos, de obras de arte y de ciencias queda prohibido y debe ser perseguido.”

- Párrafo 3) del artículo 4 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado⁴³

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen además a prohibir, a impedir y a hacer cesar en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. Se comprometerán también a no requisar bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante.”

- Párrafo 1) del artículo 14 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado

“Se otorgará la inmunidad de embargo, de captura y de presa a:

a) Los bienes culturales que gocen de la protección prevista en el artículo 12 [Transporte bajo protección especial] o de la que prevé el artículo 13 [Transporte en casos urgentes];

b) Los medios de transporte dedicados exclusivamente al traslado de dichos bienes.”

Por lo que respecta a la protección de los archivos y registros públicos del Estado, véase Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory ... A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, 1957, páginas 183 y siguientes.

Bienes inmuebles de propiedad pública

- Artículo 55 de las Reglas de La Haya:

“El Estado ocupante no se considerará sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas pertenecientes al Estado enemigo y que se encuentran en el país ocupado. [...]”

Bienes de propiedad privada

⁴³ Véase también el recién aprobado Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (de 26 de marzo de 1999), en particular los artículos 9 y 15.

- El artículo 46 de las Reglas de La Haya dispone que “[...] la propiedad privada [...] debe ser respetada. La propiedad privada no puede ser confiscada.”

- Párrafo 2) del artículo 53 de las Reglas de La Haya:

“Todos los medios destinados en tierra, mar y aire a la transmisión de noticias, al transporte de las personas o de las cosas, fuera de los casos regidos por el derecho marítimo, los depósitos de armas y, en general, toda especie de municiones de guerra, pueden ser secuestrados aunque pertenezcan a sociedades o a personas privadas, pero deberán ser restituidos e indemnizárselas por ello al celebrarse la paz.”

- Protección de objetos de uso personal

Artículo 18 del Convenio de Ginebra III (trato a los prisioneros de guerra):

“Todos los efectos y objetos de uso personal —salvo las armas, los caballos, el equipo militar y los documentos militares— quedarán en poder de los prisioneros de guerra, así como los cascos metálicos, las caretas antigás y cuantos artículos se les haya entregado para su protección personal. Quedarán igualmente en su posesión los efectos y objetos que sirvan para su vestido y su alimentación, aunque estos efectos y objetos formen parte del equipo militar oficial. [...]”

No podrán quitarse a los prisioneros de guerra las insignias de grado y nacionalidad, las decoraciones ni especialmente los objetos que tengan valor personal o sentimental.

Las sumas de que sean portadores los prisioneros de guerra no les podrán ser retiradas más que por orden oficial y después de haber consignado en un registro especial el monto de esas sumas y las señas del poseedor y tras entregarle un recibo detallado [...].

La Potencia en cuyo poder se hallen no podrá retirar a los prisioneros de guerra objetos de valor más que por razones de seguridad; [...].”

Artículo 97 del Convenio de Ginebra IV (Internados):

“Quedan autorizados los internados a conservar sus objetos y efectos de uso personal. No podrán quitárseles las cantidades, cheques, títulos, etc., así como los artículos de valor de que sean portadores, si no es con arreglo a los procedimientos establecidos. [...]”

Los objetos que tengan sobre todo un valor personal o sentimental no podrán quitárseles a sus dueños. [...]”

Al ser liberados o repatriados, los internados recibirán en numerario el saldo a su favor de la cuenta llevada a tenor del artículo 98, así como cuantos objetos, cantidades, cheques, títulos, etc., les hubieran sido retirados durante el internamiento, excepción hecha de los objetos o valores que la Potencia en cuyo poder estuvieren deba guardar en virtud de la legislación en vigor. En caso de que un bien fuera retenido como consecuencia de dicha legislación, el interesado recibirá un certificado detallado.

Los documentos familiares y los documentos de identidad que lleven los internados no podrán retirárseles más que contra recibo. [...]”

Bienes de sociedades de socorro y hospitales

- El artículo 34 del Convenio de Ginebra I se refiere a la requisición de bienes inmuebles y personales de las sociedades de socorro en los siguientes términos:
- *“El derecho de requisición reconocido a los beligerantes por los usos y leyes de la guerra sólo se ejercerá en caso de urgente necesidad y una vez que haya quedado asegurada la suerte de los heridos y enfermos.”*
- Artículo 57 del Convenio de Ginebra IV:

“La Potencia ocupante no podrá requisar los hospitales civiles más que provisionalmente y en caso de urgente necesidad para cuidar heridos y enfermos militares, y siempre a condición de que se tomen a tiempo las medidas apropiadas para garantizar la asistencia y tratamiento de las personas hospitalizadas, así como para atender las exigencias de la población urbana.

No podrá ser requisado el material y las existencias de los materiales civiles mientras sean necesarios para la población civil.”

En el *proceso A. Krupp* el Tribunal se refirió a un aspecto de la legalidad de la confiscación en relación con las Reglas de La Haya, citando a Garner, *International Law and The World War*, vol. 2, nota al pie de la página 126:

“Todas las autoridades están de acuerdo en que el derecho de requisición reconocido por el Convenio de La Haya se entiende en el sentido de que se refiere sólo al territorio ocupado y no incluye la expoliación del país y el transporte al país del ocupante de las materias primas y maquinaria para ser utilizadas en sus industrias nacionales. [...] Los alemanes sostuvieron que la expoliación de los establecimientos industriales belgas y franceses y el transporte de su maquinaria a Alemania era un acto lícito de guerra de conformidad con el apartado g) del artículo 23 del Convenio de La Haya que permite al ocupante militar apropiarse de los bienes de propiedad privada del enemigo, siempre que lo ‘exijan imperiosamente las necesidades de la guerra’. Como consecuencia del bloqueo anglo-francés que amenazaba la existencia misma de Alemania, se consideró una necesidad militar utilizar parte de los suministros de materias primas y maquinaria disponibles en el territorio ocupado. Pero se desprende claramente de la letra y del contexto del apartado g) del artículo 23, así como de los debates al respecto en la Conferencia, que nunca fue la intención autorizar al ocupante militar a despojar en gran escala los establecimientos industriales del territorio ocupado o a trasladar su maquinaria al propio país para utilizarlo en las industrias nacionales. Lo que se pretendía simplemente era autorizar la confiscación o destrucción de bienes de propiedad privada únicamente en casos excepcionales, cuando hubiera una necesidad imperiosa para el desarrollo de las operaciones militares en el territorio ocupado. Esta opinión queda además confirmada por el artículo 46, que exige que los beligerantes respeten los bienes de propiedad privada del enemigo y que prohíbe la confiscación, y por el artículo 47 que prohíbe el pillaje.”⁴⁴

El Tribunal también rechazó el argumento de la defensa de que “*las leyes y costumbres de la guerra no prohíben la confiscación y explotación de los bienes en los territorios ocupados por los beligerantes, mientras no se proceda a una transferencia de efectiva del título. [...] por ejemplo si se ocupa una fábrica de manera que se impida al propietario legítimo utilizarla y se le priva de la posibilidad de ejercer legalmente*

⁴⁴ Tribunal Militar de los Estados Unidos: Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X, págs. 136 y sigs.

sus derechos como propietario, no puede decirse que se haya respetado su propiedad de conformidad con el artículo 46.”⁴⁵

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

En la *causa El Fiscal contra Kovacevic*⁴⁶, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia estimó que los siguientes elementos constituyan el elemento de intencionalidad del delito de “destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente” (véase art. 8 2) a) iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional):

- “*Si el apoderamiento o retención de estos bienes por parte del acusado o un subordinado suyo se cometió con ánimo de privar a otra persona de utilización y el beneficio de los bienes, o de apropiarse de los bienes para ser utilizados por cualquier persona distinta del propietario.*”

Sin embargo, parece dudoso que este requisito especial de intencionalidad se aplique también al delito de “destruir o confiscar los bienes del enemigo”.

En la *causa Kordic y Cerkez*⁴⁷, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió el elemento de intencionalidad del delito de “destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente” y del delito de “destrucción o devastación arbitraria” en los siguientes términos:

- Que la destrucción [o devastación] se cometiese deliberadamente⁴⁸.

La *mens rea* (intencionalidad) requerida en los citados casos a raíz de la segunda guerra mundial es que el delito se cometiese “deliberadamente y a sabiendas” como se decidió en la *causa Flick y otros cinco* (en la página 3 y siguientes) el *proceso I. G. Farben* y el *proceso A. Krupp*.

Con respecto a la cuestión del conocimiento de los hechos y el error de hecho en cuanto a la necesidad militar, véanse las citas anteriores de la *causa W. List y otros* en la subsección “destrucción”.

Artículo 8 2) b) xiv) — Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga

1. Resultados del estudio de las fuentes

⁴⁵ Ibíd., pág. 137.

⁴⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor's pre-trial brief: elements of articles 2, 3 and 5 of the Tribunal Statute*, ITT-97-24, PT, pág. 16.

⁴⁷ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *the Prosecutor's Pre-trial Brief, The Prosecutor v Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, págs. 46 y 49.

⁴⁸ En la *causa Simic y otros*, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió la noción de “*deliberado*” como “*una forma de intención que incluye la temeridad, pero excluye la negligencia ordinaria. El acto ‘deliberado’ implica una intención positiva de hacer algo, que puede inferirse si las consecuencias eran previsibles, en tanto que la ‘temeridad’ implica una negligencia culposa que equivale a negligencia criminal*”, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor's Pre-trial Brief, The Prosecutor versus Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, IT-95-9-PT, pág. 35.

Elementos materiales

1. Que el autor haya declarado abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

2. Comentario**a) Referencia en tratados al crimen de guerra**

Los términos “declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga” se han tomado directamente del artículo 23 h) de las Reglas de La Haya.

b) Fundamento jurídico

No parece haber jurisprudencia en que se definan los elementos de este crimen.

aa) Observaciones relativas al elemento material

La norma que figura en el artículo 23 h) de las Reglas de La Haya fue añadida en 1907 por sugerencia de dos delegados alemanes y su propósito, según uno de ellos, no se limitaba a impedir la confiscación de bienes materiales, sino que contemplaba “*toda una serie de obligaciones, al prohibir toda medida legislativa que, en tiempo de guerra, pudiera poner a un súbdito de un Estado enemigo en una situación que le impidiera recurrir a los tribunales de la parte enemiga para hacer cumplir un contrato*”⁴⁹.

En otras palabras, su propósito era prohibir que los beligerantes privaran a los súbditos del Estado enemigo, mediante leyes o de otro modo, de los medios de hacer valer sus derechos recurriendo a los tribunales.

Sin embargo, las autoridades inglesas y estadounidenses⁵⁰ han interpretado de manera distinta el significado del artículo 23 (h) de las Reglas de La Haya de 1907 y el tema ha suscitado gran controversia.

Un comentarista describe esa controversia en los términos siguientes:

“Durante varios decenios del artículo 23 h) de las Reglas de La Haya de 1907 ha suscitado gran polémica entre los académicos [...]. Esa disposición se ha interpretado en el sentido de que no se puede prohibir a los extranjeros enemigos el acceso a los tribunales de la nación beligerante en que residen, mientras que otros han afirmado que se trata sencillamente de una instrucción a los comandantes de fuerzas de ocupación en territorio enemigo. La opinión del autor coincide con la interpretación angloamericana predominante, según la cual se trata, de la mera prohibición, enunciada específicamente para el comandante de una fuerza de ocupación, de impedir que los habitantes de un territorio ocupado tengan acceso a los tribunales de ese territorio. La causa que se ha tomado como base para

⁴⁹ Citado en Garner, *American Journal of International Law* 1919, pág. 24.

⁵⁰ En este contexto véase también F. A. Campbell, en: Politis, *revue générale de droit international public* 1911, págs. 253 y sigs. Pueden consultarse más referencias sobre la interpretación angloamericana en Garner, *American Journal of International Law* 1919, pág. 25, nota 10.

presentar ese punto de vista es la de Porter contra Freudenberg (Gran Bretaña, Tribunal de Apelaciones, 1915) en la que se sostén que el artículo 23 h)

... debe interpretarse, a nuestro juicio, como una prohibición al comandante militar de una fuerza beligerante de formular cualquier declaración durante la ocupación del territorio enemigo que impida a los habitantes de ese territorio recurrir a sus tribunales para hacer valer o proteger sus derechos civiles ... [citado en Garner, Law, I, 120 ...]

Los tratadistas europeos de derecho internacional han expresado absoluto desacuerdo con esa interpretación ‘estrecha’ y ha afirmado que la disposición se refiere también al derecho de los nacionales de Estados enemigos de comparecer ante los tribunales de un país beligerante. Cualesquiera que sean los pro y los contras de esos criterios opuestos, cabe afirmar categóricamente que los habitantes de un territorio ocupado no pueden recurrir a los tribunales nacionales para demandar al ocupante, incluso si se trata de contratos celebrados entre esos habitantes y las autoridades de ocupación. Debido a su supremacía militar y a su carácter extranjero, el ocupante no está sujeto a las leyes ni a los tribunales del Estado enemigo ocupado ni tienen los tribunales nacionales jurisdicción sobre los miembros de las fuerzas de ocupación.”⁵¹

En el tratado de Oppenheim sobre derecho internacional hay otra indicación de la que constituye el elemento material:

“[...] según la interpretación de Gran Bretaña y los Estados Unidos, el artículo 23 h) de las Reglas de La Haya prohíbe que la autoridad ocupante del territorio enemigo declare extinguidos, suspendidos o inoponibles ante un tribunal los derechos y las acciones de los habitantes y el artículo 43⁵² establece que el ocupante debe respetar, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país. Sin embargo, el ocupante puede, en caso necesario, establecer tribunales militares en lugar de tribunales ordinarios y, si autoriza la administración de justicia por tribunales ordinarios y en la medida en que lo haga, podrá en todo caso, de ser necesario para fines militares o para mantener el orden público y la seguridad pública, modificar provisionalmente las leyes, especialmente el derecho penal, en virtud de las cuales se administra justicia, así como las normas de procedimiento. Además, en los casos excepcionales en que la legislación del Estado ocupado infrinja abiertamente nociones elementales de justicia e imperio de la ley, se debe considerar que el Estado ocupante tiene el derecho de incumplirla. [...] No cabe duda de que el ocupante puede suspender de sus funciones a jueces y a otros funcionarios. Sin embargo, si lo hace, debe nombrar provisionalmente a otros en su lugar. Si éstos están dispuestos a prestar servicios bajo su autoridad, el ocupante debe respetar su independencia conforme a la legislación del país. Sin embargo, no tiene el derecho de obligar a los tribunales a que dicten los fallos en su nombre,

⁵¹ Von Glahn, The Occupation of Enemy Territory ... A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation, 1957, pág. 108 (no se incluyen las notas). Con respecto a las atribuciones o a la falta de ellas que tienen los tribunales nacionales para hacer cumplir órdenes legalmente dictadas por el ocupante y al problema de si esos tribunales tienen el derecho de revisar los actos legislativos del ocupante para determinar su validez en virtud de las Reglas de La Haya, véase ibíd., págs. 109 y sigs.

⁵² “Habiendo pasado de hecho la autoridad del poder legal a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país.”

aunque no tiene por qué autorizarles para que lo hagan en nombre del gobierno legítimo.”⁵³

Los tratadistas europeos, casi sin excepción, han manifestado o han supuesto que la interpretación alemana antes mencionada es la correcta. Sieveking, por ejemplo, refiriéndose a la validez del artículo 23 h) en una reunión de la Asociación de Derecho Internacional en 1913 señaló lo siguiente:

“[...] no cabe duda en cuanto al significado de este artículo; en lo sucesivo el nacional de un Estado enemigo tendrá persona standi in judicio ante los tribunales de las otras partes beligerantes con respecto a las acciones que haya iniciado antes o durante la guerra; en lo sucesivo sus demandas no serán desestimadas ni suspendidas por ser un nacional de un Estado enemigo. Tendrá derecho a que se dicte sentencia en la causa y la sentencia será ejecutable inmediatamente. Se ha aducido que ese artículo simplemente imparte instrucciones para los comandantes en campaña y que de ninguna manera se refiere a los actos del gobierno nacional ni al derecho interno. De ser así, significaría que los delegados alemanes propusieron un artículo carente de todo sentido.”⁵⁴

En el artículo 64 del CG IV se presentan más directrices con respecto a la legislación penal y a los tribunales penales:

“Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.”

⁵³ Oppenheim International Law. A Treatise, vol. II, 7^a ed., 1952 (edición a cargo de Lauterpacht), págs. 445 y sigs. Oppenheim describe el desarrollo de la *persona standi in judicio* en un territorio enemigo en los términos siguientes:

*“Antes prevalecía en todas partes la norma según lo cual un súbdito de un Estado enemigo no tenía persona standi in judicio y, por lo tanto, inmediatamente después de que estallaba una guerra no podía ser actor ni demandado en procesos ante los tribunales. Esa norma se remonta a la época en que la guerra se consideraba una condición entre beligerantes que justificaba las hostilidades de todos los súbditos de un Estado beligerante contra todos los súbditos de otro [...] Como en todas partes había desaparecido la norma según la cual los súbditos de Estados enemigos eran totalmente *ex lege*, la norma según la cual no podían ser actores ni demandados en procesos ante los tribunales también desapareció en varios países [...] antes de la primera guerra mundial.”*,

ibíd., pág. 309.

⁵⁴ Citado en Garner, American Journal of International Law 1919, pág. 24. Algunos de los escritores que apoyan la interpretación europea son: Bonfils, Ullmann (Völkerrecht, 2^a ed., 1908, pág. 474), Wehberg, de Visscher, Politis (Revue générale de droit international public 1911, págs. 256 y sigs.), Despagnet, Kohler, Strupp, Noldeke, y Théry, véanse las referencias en Garner, American Journal of International Law 1919, pág. 25, nota 10.

Sin embargo, la polémica cuestión relativa a los tribunales civiles y de comercio no se ha mencionado en los CG⁵⁵ ni en ningún otro instrumento más reciente de derecho internacional humanitario.

Con respecto a la segunda oración del artículo 64 1), en el comentario del CICR se señala lo siguiente:

“A. ‘La norma’. Debido a que los tribunales del país siguen funcionando, las personas protegidas serán juzgadas por sus jueces ordinarios y no tendrán que hacer frente a la falta de comprensión o a los prejuicios de personas con mentalidad, tradiciones o doctrinas extranjeras.

El hecho de que los tribunales sigan funcionando significa también que los jueces deben estar en condiciones de dictar sus decisiones con total independencia. Por lo tanto, las autoridades de ocupación, no podrán, a reserva de lo que se dispone a continuación injerirse en la administración de justicia penal o tomar medidas contra los jueces que estén aplicando a conciencia el derecho de su país.

B. ‘Reservas’. Existen sin embargo dos casos, únicamente dos, en que la Potencia ocupante puede apartarse de esa norma e intervenir en la administración de justicia.

1. *[...] las autoridades de ocupación tienen el derecho de suspender o derogar cualquier disposición penal que sea contraria al Convenio y, de la misma manera, pueden abolir cortes o tribunales que hayan recibido instrucciones de aplicar leyes inhumanas o discriminatorias.*

2. *La segunda reserva es una consecuencia de la ‘necesidad de velar por la eficaz administración de justicia’, especialmente para hacer frente al caso de que los jueces dimitan, en vista de que el artículo 56 les da el derecho de hacerlo por razones de conciencia. La Potencia ocupante, por ser la que tiene provisionalmente las atribuciones del poder, asumirá ella misma la jurisdicción penal.*

Para ello, puede recurrir a los habitantes del territorio ocupado o a ex jueces o puede establecer tribunales integrados por jueces de su propia nacionalidad; pero en todo caso, las leyes que deben aplicarse son las disposiciones penales vigentes en el territorio.”⁵⁶

bb) *Observaciones relativas al elemento de intencionalidad*

No parece haber más requisitos especiales de intencionalidad que los que figuran en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Artículo 8 2) b) xv) — Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra

1. Resultados del estudio de las fuentes

⁵⁵ Al respecto véase Pitet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention, Ginebra 1958*, Art. 64, págs. 335 y sigs.

⁵⁶ Ibíd., pág. 336 (cita excluida).

Elementos materiales

1. Que el autor haya obligado mediante presión o coacción a un nacional de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país.
2. Que los actos impuestos no estén autorizados cuando se trate de prisioneros de guerra o de mano de obra civil, de conformidad con el derecho internacional humanitario.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado intencionalmente.

2. Comentario**a) Referencia en tratados al crimen de guerra**

Los términos “Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra” se han tomado directamente de la segunda oración del artículo 23 de las Reglas de La Haya.

b) Fundamento jurídico

Ni el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni el Tribunal Internacional para Rwanda han dictado hasta la fecha decisiones acerca de este crimen. Sin embargo, hay otras fuentes que pueden ser útiles para interpretar varios de sus elementos. Como este crimen de guerra está estrechamente vinculado al crimen de obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga, que se señala en el *artículo 8 2) a) v)*, debe tenerse en cuenta la jurisdicción citada a ese respecto.

aa) Observaciones relativas al elemento material

Respecto del concepto de “obligar”, en 1949 el Tribunal Militar de los Estados Unidos, declaró en relación con la *causa contra Weizäcker y otros*, lo siguiente:

*“no es ilegal reclutar prisioneros de guerra que se ofrecen voluntariamente para luchar contra su propio país, pero ejercer presión o coacción para obligarlos a ingresar en las fuerzas armadas constituye obviamente una infracción del derecho internacional.”*⁵⁷

En los siguientes juicios celebrados después de la segunda guerra mundial, los imputados fueron declarados culpables de cometer crímenes de guerra:

- En la *causa contra Wagner*, el Tribunal dictó sentencia condenatoria por “instigación” a alistarse en las fuerzas armadas de Alemania. Para ello se basó en el derecho francés, concretamente en el artículo 75 4) del Código Penal francés, según el cual *“Todo ciudadano francés que, en tiempo de guerra, instigue a soldados o marinos a ingresar en las fuerzas armadas de una Potencia extranjera, facilite dicho acto o proceda al alistamiento en beneficio de una Potencia de guerra con Francia”* es culpable de traición⁵⁸.

⁵⁷ A.D., vol. 16, 1949, pág. 357.

⁵⁸ Permanent Military Tribunal at Strasbourg, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. III, págs. 23 y sigs. (40, 41, 50 y sigs.).

- En la *causa contra Milch*, el acusado fue declarado culpable de participar en “*planes y empresas para utilizar prisioneros de guerra en operaciones de guerra y en trabajos relacionados directamente con operaciones de guerra [...]*.” Esos actos fueron considerados contrarios a las Reglas de La Haya de 1907 y al Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁵⁹.
- En la *causa contra T. Koschiro*, se utilizaron prisioneros de guerra para trabajos prohibidos, la construcción de depósitos de municiones en contravención del artículo 6 de las Reglas de La Haya de 1907 y del artículo 31 del Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁶⁰.
- Con respecto a los trabajos forzados de civiles, el tribunal declaró en la *causa contra Leeb y otros*, lo siguiente:

“*Con arreglo a los artículos mencionados [artículos 43, 46, 47, 49, 50, 53 de las Reglas de La Haya de 1907], es evidente que era ilegal el trabajo forzado de la población civil para realizar operaciones militares contra su propio país.*”⁶¹

Y agregó que:

“*En virtud de los mismos artículos, el reclutamiento obligatorio entre la población de un país ocupado para trabajar en el Reich era ilegal.*”⁶²

Con respecto al trabajo de los prisioneros de guerra, en la misma causa, el tribunal dictaminó que el empleo (obligatorio) de prisioneros de guerra en la industria de armamentos era ilegal, pero que no todos los acusados sabían, cuando ordenaron el traslado de esos prisioneros que era eso lo que sucedería a Alemania⁶³.

Nota: Los artículos 49 a 57 del CG III y, en particular, los artículos 50 y 52 se refieren concretamente al trabajo permitido y prohibido para los prisioneros de guerra. A ese respecto, el artículo 52 del CG III prohíbe el empleo de prisioneros de guerra en faenas insalubres o peligrosas. Por ejemplo, la remoción de minas o de dispositivos análogos se considera un trabajo peligroso en esa disposición. El artículo 51 del CG IV establece las condiciones en que podrán trabajar los civiles.

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

En la *causa contra Milch*, éste fue acusado de participar “*ilícitamente, intencionalmente y con conocimiento de causa*” en “*planes y empresas para utilizar prisioneros de guerra en operaciones de guerra y en trabajos relacionados directamente con operaciones de guerra*” y fue declarado culpable⁶⁴.

No parece haber más requisitos especiales de intencionalidad que los que figuran en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁵⁹ U.S. Military Tribunal, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VII, pág. 28.

⁶⁰ Netherlands Temporary Court-Martial, Macassar, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XI, pág. 2.

⁶¹ U.S. Military Tribunal, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XII, pág. 93.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., pág. 89.

⁶⁴ U.S. Military Tribunal, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VII, págs. 27 y sigs.

Artículo 8 2) b) xvi) — Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor se haya apropiado de bienes privados o públicos de una ciudad o una plaza o los haya obtenido contra la voluntad del propietario [por la fuerza] [aprovechando las circunstancias del conflicto armado o abusando del poderío militar].
2. Que la conducta no esté permitida como acto lícito, en particular, de confiscación, imposición de contribuciones, requisas o botín de guerra.

Elemento de intencionalidad

3. Que el acto se haya cometido intencionalmente con el propósito específico de [obtener beneficios no justificados] [privar al propietario o a cualquier otra persona del uso o el beneficio del bien o de apropiarse del bien para que lo utilice alguien que no sea su dueño].

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

Los términos “saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto” se han tomado directamente del artículo 28 de las Reglas de La Haya de 1907.

b) Fundamento jurídico

aa) Observaciones relativas al elemento material de este delito

Las palabras saqueo, pillaje, rapiña y expoliación a menudo se utilizan como sinónimos. Ninguna ha sido definida adecuadamente para los fines del derecho internacional.

La Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en la *causa contra Delalic*, consideró que los siguientes constituyan elementos materiales del delito de “pillaje de bienes públicos o privados” que se menciona en el artículo 3 e) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia:

- Que el acusado esté vinculado a una de las partes en el conflicto.
- Que el acusado haya destruido, tomado u obtenido ilícitamente bienes públicos o privados pertenecientes a instituciones o personas vinculadas a la otra parte en el conflicto armado⁶⁵.

Posteriormente, en la *causa contra Kordic y Cerkez*, la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió los elementos de manera distinta y sólo mencionó un elemento material concreto:

⁶⁵ ICTY, Closing Statement of the Prosecution, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Masic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, A1-11.

- Que el bien público o privado haya sido obtenido ilícita o violentamente⁶⁶.

El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en su fallo de la *causa contra Delalic* se refirió concretamente al crimen de guerra del pillaje y describió en términos generales las normas que apuntaban a proteger los derechos de propiedad en tiempo de conflicto armado, sin referirse expresamente a los elementos de ese crimen. Sin embargo, estas conclusiones pueden servir de orientación para determinar los elementos del crimen de “saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto”, que se encuentra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

*“[hoy en día el derecho internacional impone limitaciones estrictas a las medidas que puede tomar lícitamente una parte en un conflicto armado con respecto a los bienes privados y públicos de la parte contraria. Las normas básicas al respecto, que forman parte del derecho internacional consuetudinario, figuran en los artículos 46 a 56 de las Reglas de La Haya, que obedecen en general al propósito de preservar la inviolabilidad de los bienes públicos y privados durante la ocupación militar. El principio fundamental relacionado con los bienes privados es el del artículo 46, según el cual, la propiedad privada debe ser respetada y no podrá ser confiscada. Si bien esta norma está sujeta a varias restricciones bien definidas, como el derecho de la Potencia ocupante de imponer contribuciones y hacer requisas, se ve reforzada por el artículo 47 que dispone inequívocamente que ‘El pillaje queda formalmente prohibido’. Del mismo modo, el artículo 28 de las Reglas dispone que ‘Se prohíbe entregar al pillaje una población o localidad, aunque sea tomada por asalto’.”*⁶⁷

*“El principio del respeto de la propiedad privada también se prevé en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. [Se hace referencia a los artículos 15 del CG I, 18 del CG II, 18 del CG III]. Asimismo, el artículo 33 del cuarto Convenio afirma categóricamente que ‘está prohibido el pillaje’. Cabe señalar que esta prohibición es general y abarca el territorio íntegro de las partes en un conflicto y, por lo tanto, no se limita a los actos cometidos en territorios ocupados.”*⁶⁸

En los párrafos siguientes, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia trata de determinar desde el punto de vista terminológico si los actos que se mencionan en el auto de acusación [saqueo de dinero, relojes y otros objetos de valor pertenecientes a personas que se encontraban en el campamento de Celebici], de estar tipificados en el derecho internacional, constituyen concretamente el delito de “saqueo”. El Tribunal declaró:

“Cabe señalar al respecto que la prohibición de la apropiación injustificada de bienes públicos y privados del enemigo es de alcance general y se aplica tanto a los actos de pillaje cometidos por soldados para provecho personal como a la confiscación organizada de bienes realizada en el contexto de una explotación económica sistemática del territorio ocupado. Contrariamente a los argumentos de la defensa, el hecho de que los actos de esta última categoría fueran objeto de demandas presentadas ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y de

⁶⁶ ICTY, The Prosecutor's Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, pág. 50.

⁶⁷ ICTY, Judgement, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párr. 587, pág. 207 (sin bastardilla en el original, se omiten las notas).

⁶⁸ ICTY, Judgement, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párr. 588, págs. 207 y sigs. (se omiten las notas).

demandas posteriores ante los tribunales militares de Nuremberg no demuestra que no haya responsabilidad penal individual en derecho internacional por actos individuales de saqueo de autores del crimen movidos por la codicia. En cambio, desde una perspectiva histórica, es evidente que la prohibición del saqueo estaba dirigida precisamente a este tipo de infracciones. Igualmente, se encuentran en varios juicios celebrados por tribunales militares franceses después de la guerra mundial casos aislados de robo de bienes personales de poco valor que fueron considerados crímenes de guerra. La Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, al comentar ese hecho, describió correctamente esos actos como 'crímenes de guerra tradicionales'.

Por lo tanto, si bien la Sala de Primera Instancia debe rechazar los argumentos de la defensa de que los delitos contra la propiedad privada imputados en el auto de acusación, de ser probados, no pueden dar lugar a responsabilidad penal individual en derecho internacional, también debe considerar la afirmación más concreta de que los actos imputados no equivalen al crimen de 'pillaje'. En este contexto, debe señalarse que se han utilizado varios términos, como 'saqueo', 'pillaje', y 'expoliación', para calificar el delito de apropiación ilícita de bienes públicos y privados en un conflicto armado. Así, mientras en el texto del artículo 47 de las Reglas de La Haya y del artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra se prohíbe el 'pillaje', el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado y el Estatuto del Tribunal Internacional se refieren al crimen de guerra de 'pillaje de bienes públicos y privados'. Si bien hay que señalar que el concepto de saqueo en el sentido tradicional supone un elemento de violencia que no está presente necesariamente en el delito de pillaje, a los efectos del presente análisis no es necesario determinar si en virtud del derecho internacional contemporáneo los términos son exactamente sinónimos. La Sala de Primera Instancia llegó a esa conclusión basándose en la opinión de que el último término, que se incluye en el Estatuto del Tribunal Internacional, debe entenderse en el sentido de que abarca todas las formas de apropiación ilícita de bienes en un conflicto armado, lo que da lugar a responsabilidad penal individual en derecho internacional, incluidos los actos que se califican tradicionalmente de 'saqueo'.⁶⁹

En resumen, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia llegó a la siguiente conclusión:

- La prohibición de la apropiación injustificada de bienes públicos y privados del enemigo es de carácter general y se aplica tanto a los actos de pillaje cometidos por soldados para provecho personal como a la confiscación de bienes organizada en el marco de una explotación económica sistemática de un territorio ocupado. En ambos casos, da lugar a responsabilidad penal individual;
- La protección de los bienes está sujeta a varias restricciones bien definidas, como el derecho que tiene la Potencia ocupante de exigir contribuciones y hacer requisas;
- El concepto de saqueo en el sentido tradicional supone un elemento de violencia;
- El término pillaje, tal como figura en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, debe entenderse en el sentido de que abarca todas las formas de apropiación ilícita de bienes en un conflicto armado que están sujetos a responsabili-

⁶⁹ ICTY, Judgement, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo also known as "Zenga"*, IT-96-21-T, párrs. 509 y ss., págs. 209 y sigs. (sin bastardilla en el original, se omiten las notas).

dad penal individual en derecho internacional, incluidos los actos que se califican tradicionalmente de “saqueo”.

Como se desprende del artículo 154 del CG IV, antes mencionado, las disposiciones del CG IV complementan las secciones II y III de las Reglas de La Haya. Por consiguiente, para interpretar ese delito y sobre todo para determinar qué constituye una conducta que es ilícita en derecho internacional hay que tener en cuenta tanto las Reglas de La Haya como las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra de 1949.

Las Reglas de La Haya de 1907 enuncia el principio del respeto de la propiedad privada y prohíbe expresamente todo acto de pillaje (artículos 28 y 47). El artículo 28 de las Reglas de La Haya de 1907 prohíbe formalmente entregar al pillaje una población o localidad, aunque sea tomada por asalto, mientras que el artículo 47 dispone que el “*pillaje queda formalmente prohibido*”. La última disposición se aplica a todo territorio del enemigo que haya sido ocupado. En el artículo 4.3) de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado se prevé una protección especial para los bienes culturales:

*“Las Altas Partes Contratantes se comprometen además a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. Se comprometen también a no requisar bienes culturales situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante.”*⁷⁰

Según los artículos 15.1) del CG I, 18.1) del CG II, 16.2) y 33.2) del CG IV se protegerá contra el pillaje a las personas protegidas, en particular a los enfermos y los muertos. La prohibición del pillaje que figura en el artículo 33 del CG IV se aplica concretamente a todo el territorio de las partes en el conflicto y a toda persona, sin restricción alguna. En el comentario del CICR a esa disposición se señala lo siguiente:

*“Esta prohibición es de alcance general. Se refiere no sólo al saqueo mediante actos individuales sin el consentimiento de las autoridades militares, sino también al saqueo organizado, cuyos efectos se narran en las historias de antiguas guerras, cuando el botín que se asignaba a cada soldado era considerado parte de su paga. El párrafo 2 del artículo 33 es sumamente claro y conciso y no deja lagunas. Las Altas Partes Contratantes prohíben que se ordene y que se autorice el saqueo. Además, se comprometen a evitar o detener, en caso de que haya comenzado, el saqueo individual. Por consiguiente, todas las partes deben adoptar las medidas legislativas necesarias al respecto. La prohibición del saqueo se aplica al territorio de una parte en el conflicto así como a los territorios ocupados. Además, se refiere a todos los tipos de bienes, ya pertenezcan a particulares, a comunidades o al Estado. En cambio, deja intacto el derecho de requisita o confiscación.”*⁷¹

Además del derecho de requisita o de confiscación, pueden tomarse como botín de guerra las armas y el equipo militar del enemigo que se encuentren en el campo de batalla⁷².

⁷⁰ Véase también el segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobado recientemente (26 de marzo de 1999), en particular los artículos 9 a 15.

⁷¹ Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention, Ginebra 1958*, art. 33, págs. 226 y sigs.

⁷² Véase por ejemplo Oppenheim, *International Law. A Treatise*, vol. II, 7^a ed., 1952 (edición preparada por Lauterpacht), págs. 401 y sigs.

Un comentarista tratando de aclarar el término saqueo mediante un análisis de ejemplos históricos, el uso del idioma y los reglamentos militares, elaboró la definición siguiente:

“a) En sentido estricto, se trata de la apropiación no autorizada a la obtención por la fuerza de bienes [...] a fin de ejercer la posesión de éstos o concederla a un tercero;

b) En sentido lato, se trata de la imposición no autorizada de medidas para exigir contribuciones o realizar embargos, o del abuso de las requisas permitidas (por ejemplo, con fines privados), aprovechando las circunstancias de guerra o abusando del poderío militar. En el sentido tradicional, el saqueo supone un elemento de violencia. El concepto de apropiación u obtención contra la voluntad del propietario (presunta o expresa), con la intención de obtener beneficios injustificados, es inherente al concepto de saqueo de modo que también se percibe como una forma de robo mediante la explotación de las circunstancias y vicisitudes de la guerra.”⁷³

En algunos procesos sustanciados celebrados después de la segunda guerra mundial se hace referencia concreta a las normas antes mencionadas de las Reglas de La Haya de 1907 para describir los elementos materiales del pillaje, el saqueo, la expoliación y la explotación. Si bien los elementos del artículo 28 de las Reglas de La Haya no se examinan detalladamente, las conclusiones de los tribunales podrían tener cierto valor indicativo. Con respecto a la terminología, el tribunal en la *causa I. G. Farben* dictaminó:

“Las Reglas de La Haya no emplea concretamente el término “expoliación”, pero no consideramos que ello tenga importancia jurídica. Tal como se emplea en el auto de acusación, el término se utiliza indistintamente con las palabras “pillaje” y “explotación”. [...] el término “expoliación” [...] se aplica a los actos generalizados y sistematizados de desposeimiento y adquisición de bienes en violación de los derechos de los propietarios, que tuvieron lugar en los territorios bajo ocupación militar o control de la Alemania nazi durante la segunda guerra mundial. Consideramos que “expoliación” es sinónimo de “pillaje”, término empleado en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, y abarca los delitos contra la propiedad en violación de las leyes y los usos de la guerra [...]”⁷⁴.

Parecería, pues, que los términos pillaje, saqueo, expoliación y explotación fueron utilizados de manera intercambiable con el término apropiación⁷⁵.

Por lo tanto, la jurisprudencia citada en relación con la sección *Artículo 8 2) a) iv) – Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente*, en que se describe el término “apropiación” podría ser otra indicación de qué constituye el saqueo.

Las siguientes causas celebradas después de la segunda guerra mundial se refieren expresamente al saqueo sin dar más aclaraciones:

⁷³ Steinkamm, Pillage, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (1997), pág. 1029.

⁷⁴ *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. VIII, 1952, pág. 1133.

⁷⁵ Véase también *Digest of Laws and Cases*, en *UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XIV, pág. 126; Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, pág. 85.

En la *causa contra F. Holstein y otros*⁷⁶, el imputado fue declarado culpable de conformidad con el artículo 221 del Código de Justicia Militar de Francia (“actos de saqueo cometidos por bandas de militares mediante el uso de armas o de la fuerza”).

En la *causa contra P. Rust*⁷⁷, el imputado fue declarado culpable de la requisita abusiva e ilícita de bienes franceses, un caso de saqueo en tiempo de guerra, de conformidad con el artículo 221 del Código Penal de Justicia Militar de Francia y el artículo 28) del Decreto de 1944 para el enjuiciamiento de los criminales de guerra. Esas disposiciones dan efecto al artículo 52 de las Reglas de La Haya de 1907.

En la *causa contra H. Szabados*, el imputado fue declarado culpable de saqueo (es decir, del pillaje de efectos personales y otros bienes de civiles que habían sido desalojados de sus viviendas antes de destruirlas) de conformidad con el artículo 440 del Código Penal francés⁷⁸.

El artículo 28 de las Reglas de La Haya de 1907 fue citado para determinar el *actus reus* en la *causa contra T. Sakai*⁷⁹.

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

La Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia manifestó, en la *causa contra Delalic*, que los elementos de intencionalidad del delito de “pillaje de bienes públicos o privados”, de conformidad con el artículo 3 e) del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, eran los siguientes:

- Que el imputado haya destuido, tomado u obtenido los bienes con la intención de privar a su dueño o a cualquier otra persona del uso o el beneficio de ellos o de apropiarse de ellos para que los utilizara cualquier otro que no fuese el dueño.

Posteriormente, en la *causa contra Kordic y Cerkez*⁸⁰, la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió el elemento de intencionalidad de otro modo:

- Que los bienes hayan sido adquiridos intencionalmente⁸¹.

En la *causa contra H. Rauter*⁸², el imputado fue declarado culpable de tomar “intencionalmente” las medidas necesarias para proceder al saqueo sistemático de bienes de la población de los Países Bajos.

⁷⁶ Permanent Military Tribunal at Dijon, France, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VIII, pág. 31.

⁷⁷ Permanent Military Tribunal at Metz, France, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. IX, págs. 71 y sigs.

⁷⁸ Permanent Military Tribunal at Clermont-Ferrand, France, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. IX, págs. 60 y sigs.

⁷⁹ Chinese War Crimes Military Tribunal, Nanking, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XIV, pág. 7.

⁸⁰ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, pág. 50.

⁸¹ En la *causa contra Simic y otros*, la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió la “intencionalidad” como “una forma de intención que incluye la imprudencia temeraria pero excluye la negligencia común. ‘La intencionalidad’ supone una intención positiva de hacer algo, que podría inferirse si las consecuencias eran previsibles, mientras que la ‘imprudencia temeraria’ supone una negligencia intencional que llega al punto de culpa grave”, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Milan Simic, Miloslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, IT-95-9-PT, pág. 35.

⁸² Netherlands Special Court, The Hague, en; UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XIV, págs. 89 y sigs.

Artículo 8 2) b) xxi) — Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales de los tratos humillantes o degradantes

1. Que la conducta del autor haya constituido un atentado contra la dignidad humana y causado, a juicio de otros o de la víctima, una humillación o degradación de cierta gravedad.

Elemento de intencionalidad de los tratos humillantes o degradantes

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

La expresión “ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes” está tomada del artículo 75 2) b) del PA I. El artículo 85 4) c) del PA I tipifica como infracciones graves “las prácticas del apartheid y demás prácticas humanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal”.

b) Fundamento jurídico

Al parecer, ni el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, ni el Tribunal Internacional para Rwanda han dictado decisiones acerca de los elementos de este delito.

Los términos empleados indican que los tratos humillantes y degradantes no son más que ejemplos de ultrajes contra la dignidad personal y el empleo de las palabras “en particular” pone de manifiesto que se trata de ejemplos⁸³. Los tratos deben constituir una

⁸³ El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia mencionó como otro ejemplo cualquier atentado sexual grave que no llegara a la penetración efectiva. A su juicio, la prohibición “comprende todos los abusos graves de índole sexual contra la integridad física y moral de una persona mediante la coacción, la amenaza de la fuerza o la intimidación en una forma que resulte degradante y humillante para la dignidad de la víctima”. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, *The Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-I, pár. 186, pág. 73. Como consecuencia, según la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, los elementos de la agresión sexual como forma de tratos humillantes y degradantes eran los siguientes:

1. Que se haya infligido contra la integridad física y moral de la víctima un grave abuso de carácter sexual mediante la coacción, la amenaza de la fuerza o la intimidación de manera degradante y humillante para su dignidad;
2. Que los actos o las omisiones se hayan cometido intencionalmente.

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, IT-95-9-PT, pág. 53. La Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió el concepto de “intencional” como “una forma de voluntad que incluye la imprudencia temeraria pero excluye la negligencia ordinaria. Por ‘intencional’ se entiende la voluntad positiva de hacer algo que pueda inferirse si las consecuencias fuesen previsibles, mientras que por ‘imprudencia temeraria’ se entiende una negligencia deliberada que llega al grado de culpa grave”, ibíd., págs. 35 y 56. Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Milojica Kos, Zoran Zigić*, IT-98-30-PT, págs. 45 y sigs.

agresión contra el objeto principal que se menciona, la dignidad de la persona. A este respecto, la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que:

*“El propósito era que la salvaguardia de la dignidad personal fuese suficientemente flexible como para abarcar cualquier acto u omisión que constituyese una degradación, una humillación o un atentado contra la integridad de la víctima, incluida la integridad sexual.”*⁸⁴

En las disposiciones del Convenio de Ginebra (artículo 3 común a los CG, artículo 95 del CG IV) y de los Protocolos Adicionales (artículos 75 2) b), 85 4) c) del PA I y 4 2) e) del PA II) en que se emplea esta terminología no se encuentra mayor aclaración. La Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, refiriéndose en la *causa Aleksovski*⁸⁵ al comentario del CICR acerca del artículo 75 del PA I, describía los elementos esenciales de los “ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado contra el pudor” en los términos siguientes:

“Se trata de actos que, sin causar un daño directo a la integridad y al bienestar físico o mental de una persona, apuntan a humillarla y dejarla en ridículo o incluso a obligarla a realizar actos degradantes.

Esas disposiciones figuran en los Convenios (artículo 3 común; artículo 14[⁸⁶] y 52[⁸⁷] del Tercer Convenio; artículo 27[⁸⁸] del Cuarto Convenio).

⁸⁴ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-PT, págs. 28 y sigs.

⁸⁵ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Closing Brief, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/I-PT, párr. 56, pág. 23.

⁸⁶ Artículo 14 del CG III:

“Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor.

Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres. Los prisioneros de guerra conservarán su plena capacidad civil tal como era cuando fueron capturados. La potencia detenedora no podrá limitar el ejercicio de esa capacidad, sea en su territorio, sea fuera del mismo, más que en la medida requerida por el cautiverio.”

⁸⁷ Artículo 52 2) del CG III:

“A ningún prisionero de guerra se asignarán trabajos que pueda considerarse que son humillantes para un miembro de las fuerzas armadas de la potencia detenedora.”

Véase también a este respecto el artículo 95 1) del CG IV:

“La Potencia detenedora no podrá emplear a internados como trabajadores, a no ser que éstos lo deseen [...]. Están prohibidos, en todo caso: el empleo ... en trabajos degradantes o humillantes.”

⁸⁸ Artículo 27 del CG IV:

“Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor.

Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas.”

⁸⁹ Pilloud/Pictet en: *Commentary on the AP*, art. 75, Nos. 3047 y sigs., pág. 873.

El Cambridge International Dictionary of English (1995) define la expresión “outrage” (ultraje) como un “*acto injurioso, moralmente inaceptable y generalmente violento*” (pág. 1003).

aa) Observaciones relativas al elemento material

No parece haber hasta ahora fuentes jurídicas que desarrollen expresamente los elementos de la comisión de ultrajes contra la dignidad personal. Hay que destacar, sin embargo, que la redacción de esta disposición es la misma que la de la relativa a los conflictos armados de carácter no internacional que se encuentra en el artículo 8 2) c) ii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. No hay indicaciones en el sentido de que, en el contexto de un conflicto armado internacional, se tipifiquen distintas formas de conducta que en el de uno interno. Por lo tanto, la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos citados en relación con la sección Artículo 8 2) c) ii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional es también pertinente en este contexto.

De todas maneras, cabría añadir cierta jurisprudencia sentada en procesos sustanciados después de la segunda guerra mundial:

- En la *causa contra K. Maelzer*, el acusado fue condenado por exponer a prisioneros de guerra que estaban bajo su custodia a actos de violencia, a insultos y a la curiosidad pública en transgresión del artículo 2 2) de los Convenios de Ginebra de 1929. Se había obligado a estos prisioneros a marchar por las calles de Roma en un desfile que emulaba la tradición de las antiguas marchas triunfales⁹⁰.
- En la *causa contra T. Chuichi y otros*, el acusado, además de cometer malos tratos ordinarios, había cortado el pelo y la barba de prisioneros de guerra y obligado a uno a fumar un cigarrillo. Estos prisioneros eran indios de religión Sikh que les prohíbe cortarse el pelo o la barba o tocar tabaco (artículos 2, 3, 16, 46 3), 54 del CG 1929 + artículo 18 de las Reglas de La Haya de 1907)⁹¹.
- En el *proceso contra M. Schmid*, el acusado fue condenado por haber participado, intencional, deliberada e ilícitamente en la perpetración de malos tratos contra un prisionero de guerra muerto. Su cadáver había sido mutilado y no se había permitido darle un funeral honorable⁹².

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber hasta la fecha jurisprudencia acerca del elemento de intencionalidad de este crimen.

Artículo 8 2) b) xxii – Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f), del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada

⁹⁰ U.S. Military Commission en: UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XI, págs. 53 y sigs.

⁹¹ Australian Military Court en: UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XI, págs. 62 y sigs.

⁹² U.S. General Military Government Court en: UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XIII, págs. 151 y sigs. Véase también las *causas contra J. Kikuchi, M. Mahuchi, T. Yochio, T. Takehiko y T. Tisato*, citadas ibíd., pág. 152.

y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra

1. Referencia en tratados al crimen de guerra

En ningún tratado se encuentra una referencia a todos los distintos actos que se describen en este crimen de guerra. Los elementos constitutivos del crimen pueden encontrarse en diversos instrumentos jurídicos, como señaló el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la *causa contra Delalic*:

“No cabe duda de que la violación y otras formas de agresión sexual están expresamente prohibidas en el derecho internacional humanitario. El artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra prohíbe expresamente la violación, cualquier forma de atentado contra el pudor y la prostitución forzada de mujeres. En el artículo 42) del Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados internos, se encuentra además una prohibición de la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado contra el pudor. El mismo Protocolo prohíbe tácitamente también la violación y la agresión sexual en el artículo 41), según el cual todas las personas tienen derecho a que se respete su persona y su honor. Además, el artículo 76 1) del Protocolo Adicional I exige expresamente que se proteja a las mujeres de la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado contra el pudor. Cabe también encontrar una prohibición tácita de la violación y la agresión sexual en el artículo 46 del Cuarto Convenio de La Haya de 1907, que prevé la protección del honor y los derechos de la familia. Por último, la violación está prohibida como crimen de lesa humanidad en el artículo 6 c) de la Carta de Nüremberg y tipificada como tal en el Artículo 5 del Estatuto.

Sobre la base de estas disposiciones únicamente, es evidente que el derecho internacional humanitario prohíbe la violación y la agresión sexual. Sin embargo, las disposiciones vigentes en la materia no definen la violación.”⁹³

El texto de las disposiciones más pertinentes de los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales es el siguiente:

- Artículo 27 2) del CG IV:

“Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor.”

- Artículo 75 2) b) del PA I⁹⁴:

“los atentados contra la dignidad personal, en especial [...] la prostitución forzada [...]”

- Artículo 76 1) del PA I⁹⁵:

⁹³ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Masic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 476 y sigs., págs. 172 y sigs. Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, *The Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, párrs. 65 y sigs.

⁹⁴ En una descripción del ámbito personal de aplicación, en el comentario del CICR se señala que esta disposición “se aplica a todos quienes están comprendidos en el artículo, cualquiera que sea su sexo”, Pilloud/Pictet en: *Commentary on the AP*, art. 75, No. 3049, pág. 874.

⁹⁵ En una descripción del ámbito personal de aplicación, en el comentario del CICR se señala: “Esta norma se aplica bastante en general y, por lo tanto siguiendo el ejemplo de la parte II del Cuarto Convenio, comprende a todas las mujeres que se encuentran en el territorio de Partes en el

“Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor.”

2. Formas de conducta tipificadas

a) Violación

aa) Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya cometido un acto de penetración sexual, por leve que sea:
 - a) De la vagina o el ano de la víctima con su pene o cualquier otro objeto que haya utilizado; o
 - b) De la boca de la víctima con su pene.
2. Mediante coacción, la fuerza o la amenaza de la fuerza contra la víctima o un tercero.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado intencionalmente.

bb) Comentario

1) Observaciones relativas al elemento material

Los elementos materiales de la violación, que acaban de mencionarse, se han tomado de la decisión más reciente dictada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en la *causa contra Furundzija*⁹⁶. El Tribunal, en un análisis de la legislación nacional penal de diversos países⁹⁷, desarrolló en este fallo los criterios enunciados por el Tribunal

conflicto. De hecho, la disposición no está sujeta a ninguna otra especificación, a diferencia de la mayor parte de las normas de la sección III. De esta forma, se aplica tanto a las mujeres afectadas por el conflicto armado como a otras y tanto a las mujeres protegidas por el Cuarto Convenio como a las que no lo están”, Pilloud/Pictet en: Commentary on the AP, art. 76, No. 3151, pág. 892.

⁹⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, fallo, The Prosecutor v. Furundzija, IT-95-17/1-T, párr. 185, pág. 73. Véase también la definición enunciada por la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y que se cita en ese fallo (párr. 174, pág. 68): “*La violación es un acto de fuerza. Ello significa que se consuma ‘mediante la fuerza o la amenaza de la fuerza contra la víctima o a un tercero; esa amenaza debe ser expresa o tácita e infundir en la víctima el temor razonable de que él, ella o un tercero será objeto de violencia, reclusión, coacción u opresión psicológica’. El acto consiste en la penetración de la vagina, el ano o la boca con el pene o de la vagina o el ano con otro objeto. En este contexto, incluye la penetración, por leve que sea, de la vulva, el ano o el orificio bucal con el pene y la penetración sexual de la vulva o el ano no se limita al pene*” (se ha omitido la nota de pie de página).

⁹⁷ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, The Prosecutor v Furundzija, IT-95-17/1-T, párrs. 180 y sigs., págs. 70 y sigs.

Internacional para Rwanda en la *causa Akayesu*⁹⁸ y confirmados por el propio Tribunal en la *causa contra Delalic*⁹⁹.

En la *causa contra Delalic*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia había definido el término violación de la siguiente manera:

“La Sala de Primera Instancia toma como orientación a este respecto el análisis que se hace en el reciente fallo del Tribunal Internacional Penal para Rwanda en la causa el Fiscal contra Jean Paul Akayesu (en lo sucesivo, ‘el fallo Akayesu’), que se refería a la definición de la violación en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. La Sala de Primera Instancia, al fallar la causa, llegó a la conclusión de que en derecho internacional no había una definición generalmente aceptada del término y reconoció que, si bien ‘la violación había sido definida en algunas jurisdicciones nacionales como la cópula no consensual’, había definiciones discrepantes de las variaciones de un acto de esa índole y llegaba a la conclusión de que

La violación es una forma de agresión y los elementos centrales del crimen de violación no pueden reflejarse en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. La Convención contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes no enumera una lista de actos concretos al definir la tortura sino que se refiere más bien al marco conceptual de la violencia sancionada por el Estado. Este planteamiento es más útil en derecho internacional [...]

La Sala define la violación como una invasión física de carácter sexual perpetrada contra una persona en circunstancias de coacción. La violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de índole sexual que se perpetre en circunstancias de coacción [...]

*La Sala coincide con el razonamiento que antecede y no ve razón alguna para no llegar a la misma conclusión a que llegó el Tribunal Internacional para Rwanda en el fallo Akayesu. Así, pues, la Sala de Primera Instancia considera que la violación es una invasión física de carácter sexual perpetrada contra una persona en circunstancias de coacción.”*¹⁰⁰

En el fallo *Akayesu* se hacía una referencia más detallada al concepto de “coacción”:

*“Las circunstancias de coacción no tienen que quedar de manifiesto en un despliegue de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de presión en que se explote el temor o la desesperación pueden constituir coacción y ésta puede estar implícita en algunas circunstancias, como un conflicto armado o una presencia militar [...].”*¹⁰¹

En la *causa contra Furundzija*, la Sala de Primera Instancia, observó que no se había impugnado la afirmación, hecha por la Fiscalía en un escrito preliminar, de que la violación era un acto de fuerza: ello significa que el acto

⁹⁸ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párrs. 597 y sigs.

⁹⁹ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 478 y sigs., pág. 173 (se han omitido las notas de pie de página).

¹⁰⁰ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 478 y sigs., pág. 173 (se han omitido las notas de pie de página).

¹⁰¹ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4T, parr.688.

“se perpetra mediante la fuerza o la amenaza de la fuerza contra una víctima o un tercero; la amenaza puede ser expresa o tácita y tiene que infundir en la víctima un temor razonable, de que él, ella o un tercero serán objeto de violencia, detención, coacción u opresión psicológica.”¹⁰²

La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado definió la “violación” en los términos siguientes:

“Por ‘violación’ debe entenderse la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de cualquier objeto, que no tiene por qué ser necesariamente un pene, en la vagina o el ano de la víctima, o la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de un pene en la boca de la víctima. La violación se define en términos neutros en cuanto al género, ya que las víctimas pueden ser tanto mujeres como hombres.”¹⁰³

En el párrafo 25, el informe agrega que

“La falta de consentimiento o la incapacidad para darlo a causa, por ejemplo, de circunstancias coercitivas o de la edad de la víctima, permiten distinguir la actividad sexual lícita de la ilícita según el derecho interno. Las circunstancias manifiestamente coercitivas que concurren en toda situación de conflicto armado determinan una presunción de falta de consentimiento, por lo que no es necesario que la acusación establezca la falta de consentimiento como elemento del delito. Además, la cuestión del consentimiento no se plantea desde el punto de vista jurídico o fáctico cuando se examina la responsabilidad jerárquica de los oficiales superiores que ordenaron o facilitaron de algún modo la comisión de delitos como la violación en situaciones de conflicto armado. Sin embargo, la cuestión del consentimiento puede plantearse como argumento de la defensa según lo previsto en las normas y prácticas generales establecidas por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.”

2) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber hasta la fecha jurisprudencia acerca del elemento de intencionalidad de este crimen.

b) Esclavitud sexual

aa) Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya tratado a una persona como una mercancía ejerciendo cualquiera o todos de los atributos del derecho de propiedad, incluido el acceso sexual mediante violación u otra forma de violencia sexual.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

¹⁰² Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Judgement, *The Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, pár. 174, pág. 68.

¹⁰³ Informe final presentado por la Relatora Especial del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de la esclavitud acerca de la violación sistemática y la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, pár. 24.

bb) Comentario**1) Observaciones relativas al elemento material**

La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, adaptando la primera definición completa de esclavitud y la más ampliamente reconocida en nuestros días, que figuraba en la Convención sobre la Esclavitud en 1926, definió la “esclavitud sexual” en los términos siguientes:

“Debe entenderse por [esclavitud sexual] el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan todos los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, incluida la disponibilidad sexual mediante la violación u otras formas de violencia sexual.

Para que haya delito de esclavitud no se requiere la intervención del gobierno o del Estado y se trata de un delito internacional tanto si lo cometen agentes estatales como particulares. Además, si bien para que haya esclavitud es preciso que la persona sea tratada como una mercancía, el hecho de que una persona no haya sido comprada, vendida o canjeada no invalida en modo alguno la acusación de esclavitud.”¹⁰⁴

La Relatora Especial menciona los ejemplos siguientes:

“Los ‘centros de solaz’ que mantenía el ejército japonés durante la segunda guerra mundial [...], los ‘campos de violación’ [...] [véase por ejemplo Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Gagovic and Others IT-96-23-I (26 de junio de 1996)], [...] las situaciones en que se obliga a mujeres y muchachas al ‘matrimonio’, a la servidumbre doméstica y a otros trabajos forzados que en último término implican actividades sexuales forzadas, incluida la violación.”¹⁰⁵

2) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber hasta la fecha jurisprudencia acerca del elemento de intencionalidad de este crimen.

c) Prostitución forzada**aa) Resultados del estudio de las fuentes****Elementos materiales**

1. Que el autor haya impuesto una situación de control sobre una persona y haya ejercido coacción sobre ella para que se dedicara a una actividad sexual.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

bb) Comentario**1) Observaciones relativas al elemento material**

¹⁰⁴ Informe Final de la Relatora Especial del Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de la esclavitud sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud, en tiempo de conflicto armado. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub/1998/13, 22 de junio de 1998, párrs. 27 y sigs.

¹⁰⁵ Ibíd, párr. 30

Hay unas pocas fuentes jurídicas que aclaran los elementos de la “prostitución forzada”. Sin embargo, las siguientes pueden servir de indicación.

- En el comentario del CICR al artículo 27 2) del CG IV se describe la expresión “prostitución forzada” como “*el hecho de sumir a una mujer en la inmoralidad mediante la violencia o la amenaza*”¹⁰⁶.
- En un proceso sustanciado después de la segunda guerra mundial, un japonés que administraba un club fue acusado de prostitución forzada y declarado culpable¹⁰⁷. El actus reus estaba definido en el artículo 1 7) del decreto No. 44 de 1946 relativo a los crímenes de guerra, como “*el secuestro de niñas y mujeres a los efectos de la prostitución forzada*”. El término “forzada” se describía en la forma siguiente: “[las mujeres] tenían que residir en una parte del club destinada especialmente a esos efectos y de la cual no podían salir”. Si querían salir, el dueño las amenazaba con hacer venir a la Kempei (policía militar japonesa), amenaza que, con buenas razones, entrañaba el temor de malos tratos, la pérdida de la libertad o cosas peores”. Las amenazas eran tan graves que, mediante ellas, “se obligó a las mujeres a entregarse a los visitantes japoneses ... contra su voluntad”¹⁰⁸.
- La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado definía “prostitución forzada” en los siguientes términos:

“La esclavitud sexual [...] también abarca la mayoría, si no la totalidad de las formas de prostitución forzada. Los términos “prostitución forzada” o “prostitución forzosa” ... [suelen] referirse a l control ejercido sobre una persona obligada por otra a realizar actividades sexuales.”¹⁰⁹

Añade lo siguiente:

“Como principio general parecería que en situaciones de conflicto armado, la mayor parte de las situaciones fácticas que podrían describirse como prostitución forzosa equivaldrían también a esclavitud sexual y podrían de manera más adecuada y fácil caracterizarse y ser objeto de procesamiento como esclavitud.”¹¹⁰

2) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

Parece que no existe ninguna jurisprudencia sobre el elemento de intencionalidad de este delito hasta la fecha.

d) Embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7

Según el artículo 7 2) f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional,

“Por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.”

¹⁰⁶ Picket (ed.), Commentary IV Geneva Convention, Geneva 1958, art. 27, pág. 206.

¹⁰⁷ W. Awachi Case, Netherlands Temporary Courts–Martial at Batavia, en UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XIII, pág. 123.

¹⁰⁸ Ibíd., pág. 124.

¹⁰⁹ Informe Final de la Relatora Especial del Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de la esclavitud, en tiempo de conflicto armado. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub/1998, 22 de junio de 1998, párrs. 31 y sigs.

¹¹⁰ Ibíd., párr. 33.

Hasta la fecha, no parece haber jurisprudencia que se refiera especialmente a este crimen definido en el Estatuto.

e) Esterilización forzada

En algunos procesos sustanciados después de la segunda guerra mundial se presentaron acusaciones por actos de esterilización forzada en el contexto de la realización de experimentos médicos¹¹¹. En la jurisprudencia existente no se encuentran más indicios de los elementos materiales.

f) Cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra

aa) Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya cometido contra una persona un acto físico o psicológico de carácter sexual en circunstancias de coacción.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

bb) Comentario

1) Observaciones relativas al elemento material

El Tribunal Internacional para Rwanda definió la violencia sexual en el contexto de los crímenes de lesa humanidad en los términos siguientes:

“Se entiende por violencia sexual, incluida la violación, cualquier acto de carácter sexual cometido contra una persona en circunstancias de coerción”¹¹² y “la violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no entrañen penetración o ni siquiera contacto físico [...] El Tribunal observa en este contexto que las circunstancias de coacción no tienen que quedar de manifiesto en un despliegue de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de presión en que se explote el temor o la desesperación pueden constituir coacción y ésta puede estar implícita en ciertas circunstancias, como un conflicto armado o una presencia militar [...]”¹¹³

La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado definió la “violencia sexual” como:

“toda violencia física o psicológica, ejercida con medios sexuales o con una finalidad sexual. La violencia sexual comprende las agresiones físicas y psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, como por ejemplo

¹¹¹ The Hoess Trial, Tribunal Nacional Supremo, Polonia en: UN War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VII, pág. 15. Véase además el proceso *K. Brandt and Others* (Doctor's Trial).

¹¹² Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 598.

¹¹³ Ibíd., párr. 688.

obligarla a desnudarse en público, mutilar sus órganos genitales o cortar los pechos de una mujer.”¹¹⁴

2) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber hasta la fecha jurisprudencia acerca del elemento de intencionalidad de este crimen.

Nota: El Tribunal Internacional para Rwanda destacó que

“La violación, al igual que la tortura, en ciertas ocasiones es utilizada con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación constituye un atentado contra la dignidad personal, y, de hecho, constituye tortura cuando es infligida por un funcionario público u otros que actúen en el desempeño de un cargo oficial o por instigación de éstos.”¹¹⁵

El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en la *causa contra Delalic*, siguió esta línea de pensamiento y señaló que:

“La violación y otras formas de violencia sexual, cuando reúnan los ... requisitos [de la tortura, descritos en el artículo 8 2) a) ii) — Tortura u otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos], constituirán tortura de la misma que cualesquiera otros actos que reúnan esos requisitos.”¹¹⁶

El Tribunal Internacional para Rwanda sostuvo también que:

“La violencia sexual queda comprendida en el alcance de ... los ‘ultrajes contra la dignidad personal’, a que se refiere el artículo 4 e) del Estatuto [del Tribunal Internacional para Rwanda] y de los ‘daños físicos o psicológicos graves’ indicados en el artículo 2 2) b) del Estatuto [del mismo Tribunal].”¹¹⁷

En la *causa contra Furundzija*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia se refirió también a la cuestión de otras agresiones sexuales graves que equivalen a tratos humillantes y degradantes y sostuvo a este respecto que:

“Como ya se ha señalado, las normas penales internacionales castigan no sólo la violación sino también cualquier agresión sexual grave en que no se llegue a la penetración efectiva. Parecería que la prohibición comprende todos los abusos graves de índole sexual infligidos contra la integridad física y moral de una persona mediante la coacción, la amenaza de la fuerza o la intimidación de manera degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Habida cuenta de que estas categorías de actos están tipificadas en derecho internacional, la distinción entre ellas es pertinente básicamente a los efectos de la imposición de la pena.”¹¹⁸

¹¹⁴ Informe final presentado por la Relatora Especial del Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, pár. 21. Hay que indicar que las dos últimas formas de conducta pueden quedar comprendidas también en el crimen de mutilación enunciado en el artículo 8 2) b) x) del Estatuto.

¹¹⁵ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 597 y sigs.

¹¹⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”. Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párr 496, pág. 179.

¹¹⁷ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 688.

¹¹⁸ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, párr. 186, pág. 73.

Sobre la base de estas conclusiones, la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo que la agresión sexual equivalía a un trato humillante y degradante si constaba de los elementos siguientes:

1. Que se haya infligido un abuso grave de carácter sexual contra la integridad física y moral de la víctima mediante la coacción, la amenaza de la fuerza o la intimidación de manera degradante y humillante para su dignidad;
2. Que los actos o las omisiones se hayan cometido intencionalmente¹¹⁹.

Artículo 8 2) b) xxvi) – Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya
 - a) Reclutado o alistado a un niño en las fuerzas armadas nacionales, o
 - b) Utilizado niños para participar activamente en las hostilidades.
2. Que el niño haya sido menor de 15 años.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado intencionalmente.
4. Que el autor
 - a) Supiera que el niño era menor de 15 años, o
 - b) Hubiese deliberadamente hecho caso omiso de la circunstancia de que el niño era menor de 15 años.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

Este delito se ha tomado del artículo 77 2) del PA I, cuyo texto es el siguiente:

“Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas.”

Se encuentra un texto similar en el artículo 38 2) y 3) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989:

¹¹⁹ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor's Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, IT-95-9-PT, pág. 53. La Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió el concepto de “intencional” como “una forma de voluntad que incluye la imprudencia temeraria pero excluye la negligencia ordinaria. Por ‘intencional’ se entiende la voluntad positiva de hacer algo que pueda inferirse si las consecuencias fuesen previsibles, mientras que por ‘imprudencia temeraria’ se entiende una negligencia deliberada que llega al grado de culpa grave”, Ibíd., págs. 35 y 56. Veáse también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor's Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Milojica Kos, Zoran Zigić*, IT-98-30-PT, págs. 45 y sigs.

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad.”

b) Fundamento jurídico de los elementos del crimen

No parece haber decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni del Tribunal Internacional para Rwanda acerca de este delito.

aa) Observaciones relativas al elemento material

Reclutar o alistar

El artículo 77 2) del PA I enuncia el concepto de “reclutar”, y el artículo 8 2) b) xxvi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional emplea los términos “reclutar o alistar”. Ninguno de esos conceptos está definido. La acepción ordinaria que se ha de darles sería la siguiente:

Según el *Oxford English Dictionary* por “to recruit” (reclutar) se entiende “alistar nuevos soldados; obtener o buscar nuevos efectivos para el ejército”¹²⁰; por “to enlist” (alistar) se entiende “inscribirse en los registros de un órgano militar; hacerse soldado”¹²¹ y por “to conscript” (conscriptir) se entiende “obligar al servicio militar mediante conscripción; alistar forzadamente”; el término “conscripción” está definido como el acto de “inscribir o alistar (soldados)”¹²².

Sobre la base de estas explicaciones de la acepción ordinaria de los términos, cabría llegar a la conclusión de que el concepto “de alistarse” comprende tanto el reclutamiento como la conscripción. Parecería comprender todo acto (oficial o defacto) por el cual se hacen ingresar nuevos miembros en las fuerzas armadas. Como se señala en el comentario del CICR acerca de la disposición correspondiente en el caso de conflictos armados no internacionales

*“el principio de no reclutar prohíbe también la aceptación del alistamiento voluntario.”*¹²³

Fuerzas armadas nacionales

¹²⁰ The Oxford English Dictionary, Oxford, publicado en 1933, reimpresión de 1978, vol. VIII, pág. 277. Según el Cambridge International Dictionary of English, 1995, el concepto consiste en “persuadir a alguien para que se haga parte de una organización, especialmente el ejército”, pág. 1188, y según The Concise Oxford Dictionary, 1994, significa “alistar a alguien como recluta”, pág. 1004.

¹²¹ The Oxford English Dictionary, Oxford, publicado en 1933, reimpresión de 1978, vol. III, pág. 191. Según el Cambridge International Dictionary of English, 1995, el concepto consiste en “hacer que alguien ingrese en algo, especialmente en las fuerzas armadas”, pág. 459, y, según The Concise Oxford Dictionary, 1994, significa “anotarse (inscribirse en una lista, especialmente en el sentido de comprometerse a hacerse parte de algo) en las fuerzas armadas”, pág. 389.

¹²² The Oxford English Dictionary, Oxford, publicado en 1933, reimpresión de 1978, vol. II, pág. 848. Según el Cambridge International Dictionary of English, 1995, el concepto consiste en “obligar a alguien mediante la ley a prestar servicios en una de las fuerzas armadas”, pág. 289, y según The Concise Oxford Dictionary, 1994, significa “alistar mediante la conscripción” y “conscripción” significa “alistar obligatoriamente para el servicio público, especialmente el militar”, pág. 243.

¹²³ Junod en: Commentary on the AP, Art. 4, No. 4557, pág. 1380.

La expresión “fuerzas armadas” no está expresamente definida en los Convenios de Ginebra. En todo caso, como indica el Comentario del CICR, la expresión “miembro de las fuerzas armadas” se refiere a todo el personal militar, sea de infantería, de la marina o de la fuerza aérea¹²⁴.

En el artículo 43 del PA I, se definen las fuerzas armadas en los términos siguientes:

1. *Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de subordinados ante esa parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.*
2. *Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del tercer Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar activamente en las hostilidades.*
3. *Siempre que una parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras partes en conflicto.”*

Participar activamente en las hostilidades

A diferencia del texto del artículo 77 2) del PA I, “participen directamente en las hostilidades”, el artículo 8 2) b) xxvi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional emplea la expresión “participar activamente en las hostilidades”. En el contexto del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y de las disposiciones correspondientes del PA II, el Tribunal Internacional para Rwanda determinó que la expresión “**participen directamente en las hostilidades**” dimanaba del concepto empleado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. A este respecto, el Tribunal llegó a la conclusión de que:

*“Estas expresiones son tan similares que, a los efectos de la Sala, cabe considerarlas sinónimos.”*¹²⁵

En el Comentario del CICR, los trabajos preparatorios del artículo 77 2) del PA I se describen en los términos siguientes:

“El texto se refiere a la participación ‘directa’ en las hostilidades. Habida cuenta de que la propuesta del CICR no incluía esta palabra, cabe preguntarse si ello puede llevar a la conclusión de que no están comprendidos los actos indirectos de participación como, por ejemplo, reunir y transmitir información militar, transportar armas y municiones, entregar suministros, etc. La intención de los redactores del artículo consistía evidentemente en que los niños menores de 15 años quedasen al margen de los conflictos armados y, en consecuencia, no se debe exigirles que presten servicios de esa índole; si en la práctica hay niños menores de 15 años que, espontáneamente o no, realizan esos actos, como mínimo hay que tomar precauciones y, por ejemplo, en el caso de ser capturados por el enemigo,

¹²⁴ Pictet (ed), *Commentary III Geneva Convention, Geneva 1958*, Art. 4, pág. 51.

¹²⁵ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 629 (sin negritas en el original).

no deben ser considerados espías, saboteadores o combatientes ilegales ni tratados como tales.”¹²⁶

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber hasta la fecha jurisprudencia acerca del elemento de intencionalidad de este crimen. Por lo tanto, el elemento de intencionalidad puede definirse de conformidad con el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En cuanto al requisito de los 15 años de edad, se plantea un problema concreto. Hay que determinar hasta qué punto el acusado debe saber la edad del niño. ¿Tiene que saber que es menor de 15 años? ¿Puede quedar impune si no averigua la edad?

En la *causa Regina v. Finta*, el Tribunal sostuvo que

“respecto de los crímenes de guerra, la Corona tenía que haber determinado si el acusado conocía los hechos o las circunstancias por las cuales sus actos quedaban comprendidos en la definición de un crimen de guerra. Esto es, el acusado tendría que haber sabido que las circunstancias de sus actos eran tales que, desde un punto de vista objetivo, serían inaceptables para la conciencia de cualquier persona razonable.”

Como alternativa, el requisito de la intencionalidad [...] de los crímenes de guerra se cumpliría si se demostrase que el acusado deliberadamente había hecho caso omiso de circunstancias que harían que sus actos quedasen comprendidos en el alcance de estos delitos.”¹²⁷

Nota: Aunque en un contexto distinto, cabe recoger otras indicaciones de la jurisprudencia nacional acerca de los atentados contra el pudor de niños o delitos similares en que el *actus reus* tiene un cierto límite de edad.

- Reino Unido: En *Regina v. Prince*¹²⁸, el jurado llegó a la conclusión de que el acusado había creído la afirmación de la víctima de que tenía 18 años y esa creencia era razonable porque la víctima aparentaba mucha más edad de la que tenía. En realidad, era menor de 16 años y se había configurado así el *actus reus* del crimen. El acusado no había actuado con negligencia, menos aún con imprudencia temeraria o de manera intencional en lo que atañe a la edad de la niña. El acusado fue condenado a pesar de no haberse dado cuenta, sin culpa suya, de esta importante circunstancia del *actus reus*. Por lo tanto, la creencia razonable de que la víctima está por encima de un cierto límite de edad no constituye una excepción si en la práctica está por debajo¹²⁹.
- Suiza: En cuanto a los delitos para los que se exige el dolo directo o el dolo eventual, la creencia razonable de que la víctima está por encima de un cierto límite de edad excluye el elemento de intencionalidad¹³⁰; con respecto al artículo 187 4) del Código Penal, que tipifica expresamente la conducta negligente, “*el autor debe dar pruebas de mayor prudencia cuando la víctima parece tener una edad cercana a la del límite para la protección; únicamente no será punible si ha habido hechos precisos que le han hecho admitir que la persona tenía más de 16 años*”¹³¹.

¹²⁶ Pilloud/Pictet, en: *Commentary on the AP*, Art. 75, No. 3187, pág. 901.

¹²⁷ ILR, vol. 104, pág. 363.

¹²⁸ *Law Reports 2 Crown Cases Reserved* 154 (1875).

¹²⁹ Véase *Smith y Hogan, Criminal Law*, 7th ed., 1995, págs. 72, 471.

¹³⁰ *Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht*, BT I, 4th ed., 1993, pág. 144.

¹³¹ *Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté*, 1997, pág. 383; *Stratenwerth*, ibíd.

- Francia: En el caso de un error en cuanto a la edad real de la víctima, el acusado debe ser sobreseído si demuestra el error y éste parece ser “suficientemente plausible”¹³².
- Estados Unidos: Loewy señala: “*El estupro constituye en general un delito de responsabilidad objetiva ... Así, incluso un error honesto y razonable en cuanto a la edad (o la capacidad mental) no bastará para exonerar al acusado. Véase por ejemplo, S v. Superior Court of Pima County, 104 Ariz., 440, 454 P.2d 982 (1969). Existen sin embargo opiniones autorizadas en contrario*”¹³³.

Con respecto al crimen de estupro, en LaFave/Scott¹³⁴, se señala que la mayoría de los Estados “imponen un régimen de responsabilidad objetiva en caso de actos sexuales con menores de edad” (*Garnett v. State*, 332 Maryland. 571, 632 A.2d 797 (1993)). En ese régimen, la sentencia puede ser condenatoria “incluso cuando la apariencia de la víctima, su falta de ingenuidad sexual, sus mentiras y los cuidadosos intentos del acusado de determinar su verdadera edad justifican la apreciación que éste se hace en cuanto a la edad de la víctima” (*Garnett v. State*, ibid.).

- Alemania: Se exige por lo menos el dolo eventual. El acusado es penalmente responsable si no sabía la edad pero no le importaba. En todo caso, no debe haber excluido la posibilidad de que la víctima estuviese por debajo del límite de edad. Si no pensó para nada en la edad de la víctima no hay dolo eventual y debe ser sobreseído¹³⁵.

En resumen, de estos ejemplos no se extrae una pauta uniforme. Algunos países aceptan una responsabilidad objetiva, otros exigen que el acusado por lo menos se haya dado cuenta de la posibilidad de que la víctima esté por debajo del límite de edad; en todo caso, éste debe ser considerado el requisito menos estricto.

¹³² Pradel/Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 1995, pág. 472. Véase también Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, *Droit pénal spécial*, 1982, pág. 1514; Rassat, *Droit pénal spécial*, 1977, pág. 474.

¹³³ Loewy, *Criminal Law*, 2nd ed., 1987, págs. 63 y sigs.

¹³⁴ Wayne R. LaFave y Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law*, 1995, *Pocket Part*, pág. 29.

¹³⁵ Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 25th ed., 1997, § 176, pág. 1290.

Anexo**Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en relación con los crímenes enumerados en el artículo 8, párrafo 2 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional****Índice**

	<i>Página</i>
Introducción	65
Abreviaturas	66
Artículo 8, párrafo 2 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional — Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949	67
Elementos generales que son comunes a los delitos enumerados en el artículo 8 2) c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional	67
Comentario	67
Observaciones sobre determinados crímenes	73
Observaciones generales aplicables a todos los crímenes	73
Artículo 8 2) c) i) —Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura	73
Homicidios en todas sus clases	73
1. Resultados del estudio de las fuentes	73
2. Comentario	74
a) Referencia al crimen de guerra en los tratados	74
b) Fundamento jurídico	74
Mutilación	74
1. Resultados del estudio de las fuentes	74
2. Comentario	75
a) Referencia al crimen de guerra en tratados	75
b) Fundamento jurídico	75
aa) Observaciones relativas a los elementos materiales	75
bb) Observaciones relativas a los elementos de intencionalidad	75
Tratos crueles	76
1. Resultados del estudio de las fuentes	76
2. Comentario	76
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	76
b) Fundamento jurídico	76
aa) Observaciones relativas a los elementos materiales	76

bb) Observaciones relativas a los elementos de intencionalidad	78
Tortura	79
1. Resultados del estudio de las fuentes	79
2. Comentario	79
a) Referencia al crimen de guerra en tratados	79
b) Fundamento jurídico	79
Artículo 8 2) c) ii) — Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes	81
1. Resultados del estudio de las fuentes	81
2. Comentario	81
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	81
b) Fundamento jurídico	81
aa) Observaciones relativas al elemento material	83
bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	86
Artículo 8 2) c) iii) — Toma de rehenes	86
1. Resultados del estudio de las fuentes	86
2. Comentario	86
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	86
b) Fundamento jurídico	86
Artículo 8 2) c) iv) — Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables	87
1. Resultados del estudio de las fuentes	87
2. Comentario	87
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	87
b) Fundamento jurídico	88
aa) Observaciones relativas al elemento material	88
1) Observaciones generales	89
2) Significado de la expresión “tribunal constituido regularmente”	90
3) Significado de “garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”	94
a) Garantías judiciales indispensables enumeradas en el artículo 6 del Protocolo Adicional II	96
b) Garantías judiciales indispensables derivadas de otras fuentes ..	111
bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	113

Introducción

En la Conferencia Diplomática sobre el Establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, se decidió que la Comisión Preparatoria elaborase un proyecto de texto acerca de los elementos del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. A este respecto, el artículo 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional [el Estatuto de la Corte Penal Internacional] estipula que “[*los elementos de los crímenes que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8..., serán aprobados por [...] de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes*”]. El presente documento obedece al propósito de ayudar a la Comisión Preparatoria a preparar el texto de los elementos de los crímenes enumerados en el párrafo 2 del artículo 8 y se limita a indicar las fuentes correspondientes y los resultados del estudio de esas fuentes. El documento no recoge ninguna decisión adoptada en un período de sesión anterior de la Comisión Preparatoria. La parte II se refiere exclusivamente a los crímenes de guerra enumerados en el artículo 8 2) c) del Estatuto de la CIP.

El estudio de las fuentes consistió en el análisis y la investigación exhaustivos de la jurisprudencia aplicable y de los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En cuanto a la jurisprudencia, se estudiaron causas sustanciadas en los procesos de Leipzig, en procesos celebrados después de la Segunda Guerra Mundial, entre ellos los de Nuremberg y los de Tokio, así como jurisprudencia nacional y decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda. Se examinó la jurisprudencia nacional sobre crímenes de guerra que se pudiera consultar en alemán, francés o inglés. También se analizaron decisiones de órganos internacionales y regionales de derechos humanos a fin de aclarar más ciertos delitos. Es importante observar que las diversas fuentes a que se hace referencia en el presente documento fueron seleccionadas con un criterio exclusivamente objetivo y en razón de su pertinencia y no debe considerarse que reflejen una posición ni una opinión determinada.

El documento tiene la siguiente estructura. En primer lugar, se indican respecto de cada uno de los crímenes enumerados en el artículo 8 2) c) del Estatuto los resultados del estudio de las fuentes. Se emplea el término “elemento material” para describir el *actus reus* (el acto o la omisión) y la expresión “elemento de intencionalidad” para describir la *mens rea* o la intención necesaria para perpetrar el crimen. En segundo lugar, en un comentario que contiene un análisis de las diversas fuentes estudiadas se indican los fundamentos jurídicos de los resultados indicados.

Es importante señalar que en el presente documento no se hace referencia a la responsabilidad de los comandantes, los superiores o los subordinados (artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) ni a las cuestiones relativas a los crímenes de instigación, tentativa, conspiración u otras formas de complicidad (artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Abreviaturas

En el presente documento se emplean las siguientes abreviaturas:

- A.D. Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
- CG Los cuatro Convenios de Ginebra
- CG I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña de 12 de agosto de 1949
- CG II Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y naufragos de las fuerzas armadas en el mar de 12 de agosto de 1949
- CG III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949
- CG IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra de 12 de agosto de 1949
- ILM International Legal Materials
- ILR International Law Reports
- PA I Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados (Protocolo I) de 8 de junio de 1977
- PA II Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados (Protocolo II) de 8 de junio de 1977
- PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- WCC War Crimes Commission

Artículo 8, párrafo 2 c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional — Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949

Elementos generales comunes a los delitos enumerados en el artículo 8 2) c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional

1. Que los actos u omisiones se hayan cometido en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional.
2. Que los actos u omisiones se hayan cometido contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa.

Comentario

- 1) Que los actos u omisiones se hayan cometido en el contexto de un conflicto armado no internacional

Los crímenes de guerra definidos en el artículo 8 2) c) del Estatuto, consisten en conductas que hayan tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional, contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa.

Definición de conflicto armado que no sea de índole internacional

El término “conflicto armado que no sea de índole internacional” se deriva del artículo 3 común a los CG. El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia determinó que un conflicto armado no internacional “existe siempre que haya [...] una situación prolongada de violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre esos grupos dentro de un Estado”¹³⁶.

En lo relativo a la definición de los conflictos internos a que se refiere el artículo 3 común a los CG, el Comité Internacional de la Cruz Roja sostuvo lo siguiente:

“El artículo 3 común se aplica a los <conflictos armados que no sean de índole internacional’ [...]”

Hay que destacar que la determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el conflicto. Debe recordarse que los cuatro Convenios de Ginebra, así como los dos Protocolos, se aprobaron con la finalidad primordial de proteger a las víctimas, efectivas y potenciales, de los conflictos armados. Si la aplicación del derecho internacional humanitario dependiese únicamente del juicio discrecional de las partes, en la mayoría de los casos éstas tenderían a minimizar el conflicto. Así pues, ateniéndose a criterios objetivos [...] el artículo 3 común [...] será de aplicación una vez se

¹³⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, IT-94-1-AR72*, párr. 70, pág. 37. Esta conclusión se cita también en Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T*, párr. 619.

haya establecido la existencia de un conflicto armado interno que cumpla los respectivos criterios previamente determinados [...]”¹³⁷.

El elemento constitutivo básico de un conflicto de índole no internacional viene definido en el artículo 8 2) d) del Estatuto, según el cual:

“El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.”

En cuanto a la distinción entre los conflictos armados genuinos y los simples actos de bandidaje o rebeliones desorganizadas y de corta duración, el Tribunal Internacional para Rwanda hizo referencia a los siguientes criterios de referencia no acumulativos, y por consiguiente opcionales, enunciados en el comentario del CICR sobre el artículo 3 común a los CG; estos criterios se derivan de las diversas enmiendas discutidas, pero no aprobadas, en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949:

“1. Que la parte que se ha rebelado contra el Gobierno de jure cuente con una fuerza militar organizada y una autoridad responsable de sus actos, que opere dentro de un territorio determinado y disponga de los medios necesarios para respetar y hacer que se respete el Convenio.

2. Que el Gobierno legal se vea obligado a recurrir a las fuerzas militares regulares contra insurgentes que estén organizados como militares, y hayan tomado posesión de una parte del territorio nacional.

3. a) Que el Gobierno de jure haya reconocido la condición de beligerantes a los insurgentes; o

b) Que haya reivindicado para sí mismo los derechos de un beligerante; o

c) Que haya reconocido la condición de beligerantes a los insurgentes a los efectos del presente Convenio únicamente; o

d) Que se haya accedido a incluir la disputa en el programa del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por considerarla una amenaza a la paz internacional, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión”¹³⁸.

Como señalan el Tribunal Internacional para Rwanda y el CICR en su comentario, estos criterios son útiles para distinguir entre los conflictos armados y otras formas de violencia, pero ello no significa que el artículo 3 no sea aplicable cuando estalla un

¹³⁷ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párrs. 602 y 603.

¹³⁸ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 619. El CICR añade lo siguiente en su comentario:

“4. a) Que los insurgentes dispongan de una organización que pretende reunir las características de un Estado.

b) Que la autoridad civil insurgente ejerza una autoridad de facto sobre personas en una parte determinada del territorio nacional.

c) Que las fuerzas armadas actúen bajo la dirección de una autoridad organizada y estén dispuestas a respetar las leyes comunes de la guerra.

d) Que la autoridad civil insurgente acceda a obligarse por las disposiciones del Convenio.”

Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention*, Ginebra 1958, Art. 3, pág. 36.

conflicto armado en un país, pero no se reúnen las demás condiciones (que no son de carácter obligatorio y se mencionan solamente a título indicativo)¹³⁹.

Sobre la base de lo antedicho, el Tribunal llegó a la conclusión de que:

*“el término ‘conflicto armado’ sugiere de por sí la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida, con lo que quedan excluidas las situaciones de tensiones y disturbios internos. Por consiguiente, para llegar a una conclusión sobre la existencia de un conflicto armado interno [...] será necesario evaluar la intensidad y la organización de las partes en el conflicto”*¹⁴⁰.

En la causa *Tadic*, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia siguió un razonamiento análogo:

*“El criterio aplicado por la Sala de Apelaciones para determinar la existencia de un conflicto armado a los efectos de las normas del artículo 3 común se centra en dos aspectos del conflicto: su intensidad, y la organización de las partes. En un conflicto armado de carácter interno o mixto, estos criterios estrechamente interrelacionados se aplican con la finalidad exclusiva de distinguir, como mínimo, entre el conflicto armado y el bandidaje, las insurrecciones desorganizadas o de corta duración o las actividades terroristas, que no son sujeto del derecho internacional humanitario. En el [comentario del CICR al artículo 3 común de los CG] se consideran diversos factores pertinentes para esta determinación”*¹⁴¹.

Así pues, factores como la intervención de las fuerzas gubernamentales en una parte o el control territorial ejercido por las fuerzas rebeldes no son indispensables¹⁴². En cambio, sí son elementos constituyentes que haya oposición por parte de fuerzas **armadas** y **una cierta intensidad de los combates**¹⁴³.

Ámbito geográfico del conflicto armado

Los Convenios de Ginebra no indican explícitamente cuál es el ámbito geográfico de un conflicto armado no internacional. No obstante, a este respecto el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo lo siguiente:

*“[...] el hecho de que los beneficiarios del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra son los que no participan directamente (o ya no participan directamente) en las hostilidades [...] indica que las normas previstas en el artículo 3 también son aplicables fuera del estrecho contexto geográfico del lugar en que se libran los combates. De modo análogo, algunos términos del Protocolo II de los Convenios de Ginebra [...] también hacen pensar en un ámbito amplio”*¹⁴⁴.

¹³⁹ Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention*, Ginebra 1958, Art. 3, pág. 36.

¹⁴⁰ Tribunal Internacional para Rwanda. *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 120 (sin bastardillas en el original).

¹⁴¹ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinión and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 562, pág. 202 y sigs. (no se incluye la nota de pie de página).

¹⁴² Véase, por ejemplo, G. Abi-Saab, *Non-International Armed Conflicts*, in: UNESCO/Henry Dunant Institute (ed.), *International Dimensions of Humanitarian Law*, pág. 237; Greenwood, in: Fleck (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law in Armed Conflict*, pág. 48.

¹⁴³ Véase también Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention*, Ginebra 1958, Art. 3, pág. 36.

¹⁴⁴ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, IT-94-1-AR72, párr. 69, pág. 37. El Tribunal se refiere especialmente al Art. 2 (2) del PA II, que se ocupa de la privación o limitación de la libertad por motivos relacionados con el conflicto, y afirma lo siguiente:

“En el marco de esta [...] disposición, el alcance temporal de las normas aplicables excede claramente del ámbito de las hostilidades. Además, la expresión relativamente vaga, ‘por

El Tribunal llegó a la conclusión de que:

“hasta que [se alcance una solución pacífica] el derecho internacional humanitario seguirá rigiendo [...] en todo el territorio controlado por una parte, independientemente de que se libren o no combates en él”¹⁴⁵.

El Tribunal Internacional para Rwanda comparte esta opinión.

- En el fallo de la causa *Akayesu*, el Tribunal Internacional para Rwanda añadió la siguiente restricción:

“el autor no debe haber cometido los crímenes por motivos puramente personales”¹⁴⁶.

Así pues, tiene que existir un cierto vínculo entre la conducta y el conflicto armado, o, según el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, los delitos imputados tienen que haber sido *“cometidos en el contexto de ese conflicto armado”*¹⁴⁷.

Autores potenciales

El Tribunal Internacional para Rwanda determinó que en los conflictos armados no internacionales tanto los civiles como los militares pueden cometer crímenes de guerra. Esta conclusión se basaba en el siguiente razonamiento:

“Como se ha indicado anteriormente, los cuatro Convenios de Ginebra, así como los dos Protocolos Adicionales, se aprobaron con la finalidad primordial de proteger a las víctimas, efectivas o potenciales, de los conflictos armados. Se entiende pues que los instrumentos jurídicos van dirigidos principalmente a las personas que, en razón de su autoridad, son responsables del inicio de las hostilidades o participan en ellas por otro concepto. Así pues, la categoría de personas que deben considerarse responsables a este respecto quedará limitada, en la mayoría de los casos, a los comandantes, los combatientes y otros miembros de las fuerzas armadas.

No obstante, debido a que la finalidad general de estos instrumentos jurídicos internacionales es protectora y humanitaria, la delimitación de la categoría de personas que están obligadas por las disposiciones del Artículo 3 común y el Protocolo Adicional II no debería ser excesivamente restringida. En consecuencia, los deberes y responsabilidades previstos en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales sólo se exigirán de ordinario, a los individuos de todos los grados pertenecientes a las fuerzas armadas bajo el mando militar de cualquiera de las dos partes beligerantes, o a los individuos que hayan recibido un mandato legítimo y, de los que quepa esperar que, en su calidad de funcionarios públicos o agentes o personas que ejerzan una autoridad pública por otro concepto o representen de facto al gobierno, apoyen o lleven a cabo las operaciones bélicas. Así pues, el objetivo de este planteamiento será aplicar las disposiciones del

motivo relacionados con aquél’ denota también un vasto alcance geográfico. El nexo requerido es solamente una relación entre el conflicto y la privación de libertad, y no que dicha privación se haya producido durante el combate.”

Esta conclusión ha sido apoyada también por el Tribunal Internacional para Rwanda, en *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 635.

¹⁴⁵ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, IT-94-1-AR72, párr. 70, pág. 37.

¹⁴⁶ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 636.

¹⁴⁷ Véase Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párrs. 572, 617, págs. 207, 231.

Estatuto del modo que mejor responda a la finalidad protectora última de los Convenios y los Protocolos. [...]

Está sobradamente demostrado, por lo menos desde los procesos de Tokio, que los civiles pueden ser responsables de violaciones del derecho internacional humanitario. El ex Ministro de Relaciones Exteriores del Japón Hirota fue condenado en Tokio por crímenes cometidos durante las matanzas de Nanking [...]. Otros procesos celebrados después de la Segunda Guerra Mundial apoyan inequívocamente la atribución de responsabilidad penal individual por crímenes de guerra a civiles, cuando exista un vínculo o conexión con una parte en el conflicto¹⁴⁸. Además, el objeto y la finalidad humanitarios de los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, que consisten en proteger a las víctimas de la guerra contra las atrocidades, corroboran también el principio de que los ciudadanos pueden ser responsables de las infracciones de las leyes de la guerra. Así pues, de lo anterior se desprende claramente que las leyes de la guerra deben aplicarse por igual a civiles y a combatientes en el sentido convencional de los términos.”¹⁴⁹

- 2) Que los actos o las omisiones se hayan cometido contra personas que no participen directamente en las hostilidades

El término “Personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa” se deriva directamente del artículo 3 común a los CG¹⁵⁰.

Esta fórmula se introdujo para demostrar que sólo están protegidas las personas que no participen directamente en las hostilidades. La parte de la disposición posterior a la palabra “incluidos” se adoptó para resaltar que incluso los miembros de las fuerzas

¹⁴⁸ Véase *The Hadamar Trial*, Law Reports of Trials of War Criminals (“LRTWC”, vol. 1, págs. 53 y 54: “Los acusados no eran miembros de las fuerzas armadas alemanas, sino funcionarios de una institución civil. Por consiguiente, la decisión de la Comisión Militar constituye la aplicación de la regla según la cual las disposiciones de las leyes o usos de la guerra se aplican no sólo a los combatientes sino también a los civiles, y que estos últimos, al cometer actos ilegales contra nacionales del adversario, pueden hacerse culpables de crímenes de guerra”; véanse también *The Essen Lynching Case*, LRTWC, vol. I, pág. 88, en el que, entre otros, tres civiles fueron declarados culpables de haber dado muerte a prisioneros de guerra no armados, y *the Zyklon B Case*, LRTWC, vol. I, pág. 103: “La decisión del Tribunal Militar en la presente causa es un claro ejemplo de la aplicación de la regla según la cual las disposiciones de las leyes y usos de la guerra se aplican no sólo a los combatientes y a los funcionarios del Estado u otras autoridades públicas, sino a todo aquel que esté en condiciones de contribuir a la violación de dichas normas. [...] El Tribunal Militar actuó en base al principio de que todo ciudadano que se haga cómplice de una violación de las leyes y usos de la guerra podrá ser considerado criminal de guerra”.

¹⁴⁹ Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párrs. 630 a 634.

¹⁵⁰ La expresión “persona que haya quedado fuera de combate” se define en el artículo 41 2) del PA I del modo siguiente:

“Está fuera de combate toda persona:

- Que esté en poder de una parte adversa;
- Que exprese claramente su intención de rendirse; o
- Que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.”

Otras menciones a personas fuera de combate se encuentran en el artículo 3 2) CG II (náufragos) y en el artículo 42 del PA I (personas que se lancen en paracaídas de una aeronave en peligro).

armadas tienen derecho a una cierta protección si cumplen las condiciones mencionadas en la disposición¹⁵¹.

En lo referente a la protección de la población civil, este punto elemental se expresa con más claridad en los artículos 4 y 13 3) del PA II. Estas disposiciones definen el ámbito personal de aplicación con respecto a los beneficiarios de las garantías fundamentales y a las disposiciones relativas al desarrollo de las hostilidades: los civiles pierden el derecho a ser protegidos si participan directamente en las hostilidades, y durante todo el tiempo en que participen. **La expresión “participan directamente en las hostilidades” se encuentra en términos idénticos en el artículo 3 común.** El Tribunal Internacional para Rwanda llegó a la siguiente conclusión, respecto de la versión inglesa de estas expresiones:

“Estas frases son tan parecidas que, para los fines de la Sala, pueden considerarse sinónimas.”¹⁵²

Según el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia:

“la protección abarca, por lo menos, a todas las personas protegidas por el régimen de infracciones graves aplicable a los conflictos de índole internacional: civiles, prisioneros de guerra, heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña y heridos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Mientras que los Convenios de Ginebra definen positivamente el concepto de “persona protegida”, el artículo 3 común lo define negativamente. Por este motivo, el criterio que ha aplicado la Sala de Primera Instancia es preguntar si, en el momento en que se cometió el presunto delito, la víctima presunta de los actos prohibidos participaba directamente en las hostilidades en cuyo contexto se afirma que se han cometido los presuntos delitos”¹⁵³.

Así pues, si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima gozará de la protección del artículo 3 común, que constituye el fundamento jurídico del artículo 8 2) c) de la Corte Penal Internacional.

Según el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia,

*“es innecesario definir exactamente la línea divisoria entre quienes participan directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen. Basta con examinar los hechos atinentes a las distintas víctimas y determinar si, habida cuenta de las circunstancias de cada individuo, esa persona participaba directamente en las hostilidades en el momento de autos”*¹⁵⁴.

En este caso concreto, las víctimas fueron capturadas o detenidas en el momento en que tenían lugar los actos imputados. El Tribunal determinó que:

“Cualquiera que fuese su participación en las hostilidades antes de este momento, no puede decirse que cada una de las personas de estas categorías haya participado directamente en las hostilidades. Aunque eran miembros de las fuerzas armadas [...] o habían perpetrado, por otro concepto, actos hostiles antes de su

¹⁵¹ Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention*, Ginebra 1958, art. 3, pág. 40.

¹⁵² Tribunal Internacional para Rwanda, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párr. 629 (sin bastardillas en el original).

¹⁵³ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 615, pág. 231.

¹⁵⁴ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 616, pág. 231.

captura, estas personas debían considerarse fuera de combate por el hecho de haber sido detenidas”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ibíd.

Observaciones sobre determinados crímenes

Observaciones generales aplicables a todos los crímenes

- El término “persona” utilizado en los elementos de varios crímenes se refiere a personas que no participen directamente en las hostilidades, según la definición de los *“Elementos generales que son comunes a los delitos enumerados en el artículo 8 2) c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional”*.
- Con respecto a los términos “ilegal” o “legal”, utilizados en los elementos de varios crímenes, es importante tener en cuenta que se refieren a la legalidad con arreglo al derecho internacional.
- El concepto “intencionalmente” de las secciones siguientes incluye los conceptos “deliberadamente” y “temerariamente”, pero excluye la negligencia común. El término “a sabiendas” debe interpretarse en el sentido del artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que define el “conocimiento” como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una circunstancia en el curso normal de los acontecimientos (véase art. 30 3)).

Art. 8 2) c) i) — Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura

La definición de este crimen de guerra ofrece un cierto número de ejemplos de actos contra la vida, la salud o la integridad física o mental¹⁵⁶. Esta lista no es desde luego exhaustiva, como demuestra la utilización del término “en particular”.

Homicidios de todas las clases

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. El término “homicidio” comprende todos los casos en que se haya dado muerte a una persona, o se haya causado su fallecimiento.
2. Que la conducta ilegal del autor dé lugar a la muerte de la víctima.

Elemento de intencionalidad

3. Que en el momento de dar la muerte el autor tuviera el propósito de matar o infligir graves daños a la víctima, con conciencia de que estos daños corporales causarían probablemente la muerte de la víctima y sin importarle que de sus actos se siguiera o no la muerte.

¹⁵⁶ El Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió los elementos concretos de este crimen del modo siguiente:

“1. *La comisión de actos u omisiones que causen la muerte o infljan grandes sufrimientos o lesiones mentales o físicos;*

2. *Que los actos u omisiones se hayan cometido deliberadamente; [...]”*,

véase Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, págs. 43 a 44 y 46 a 47.

2. Comentario

a) Referencias en tratados al crimen de guerra

La expresión “actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura” se deriva del artículo 3 1) a) común a los CG.

b) Fundamento jurídico

En lo relativo a cualquier diferencia entre las nociones de “matar intencionalmente” en el contexto de un conflicto armado internacional (artículo 8 2) a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional) y “homicidio” en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional (artículo 8 2) c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional) el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia llegó a la conclusión de que “no puede establecerse una diferencia entre ‘matar intencionalmente’ y ‘homicidio’ que afecte a su contenido”¹⁵⁷; por consiguiente, los diversos fallos del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda analizados anteriormente en la sección sobre *el artículo 8 2 a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional — Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 —*, pueden servir de guía para la interpretación de los elementos de este crimen según que los actos se cometieran durante un conflicto armado de carácter internacional o no internacional. Así pues, los resultados de los estudios de las fuentes son los mismos y los elementos materiales y de intencionalidad se formulan de igual manera¹⁵⁸.

Mutilación

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya mutilado a una persona o le haya causado una mutilación.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado deliberadamente.

¹⁵⁷ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 422 y 423, pág. 154. Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor’s Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Slavko Dokmanovic*, IT-95-13A-PT, pág. 23.

¹⁵⁸ Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor’s Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, págs. 43 a 44 y 46 a 47.

2. Comentario

a) Referencias en tratados al crimen de guerra

La expresión “actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura” se deriva del artículo 3 1) a) común a los CG.

b) Fundamento jurídico

No resulta que haya decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia o del Tribunal Internacional para Rwanda respecto de este delito.

aa) Observaciones relativas al elemento material

Además del artículo 3 común, el término “mutilación” o, en algunos casos, “mutilación física” aparece en varias disposiciones de los CG (artículos 13 1) del CG III, 32 del CG IV) y más tarde en los PA (artículos 11 2) a), 75 2) a) iv) del PA I, 4 2) b) del PA II). No se ofrece ninguna otra definición. En sus comentarios respecto de estas disposiciones, el CICR considera que, en general, este término es suficientemente explícito.

En el comentario sobre el artículo 32 del CG IV se indica lo siguiente:

*“Castigos corporales y mutilaciones”. Estas expresiones son tan claras que no precisan de un comentario detallado. Al igual que la tortura, están comprendidas en la noción general de “sufimientos físicos”. La mutilación, que es una forma particularmente vituperable y atroz de agredir a la persona humana [...].*¹⁵⁹

El comentario a los PA menciona en particular las amputaciones y las lesiones en las extremidades como ejemplos de mutilaciones físicas¹⁶⁰. En lo relativo a la mutilación “justificada”, se dice lo siguiente:

“Sin embargo, hay algunas excepciones lógicas cuando el procedimiento está ‘justificado de conformidad con las condiciones previstas en el párrafo 1 [del artículo 11 del PA I]’, es decir, como hemos visto, si tienen por objeto en lo esencial mejorar el estado de salud de la persona afectada.

*En este sentido es evidente que algunas mutilaciones pueden ser indispensables, como la amputación de una extremidad gangrenosa.”*¹⁶¹

El Cambridge International Dictionary of English (1995) da la siguiente definición del acto de “mutilar”: “dañar gravemente, en especial extirmando violentemente una parte” (pág. 933); el Oxford Advanced Learner’s Dictionary (1992) lo define como “lesionar, dañar o desfigurar a alguien rompiendo, arrancando o cercenando una parte necesaria” (pág. 819). Ambas definiciones se refieren a un acto de violencia física; por consiguiente, debe entenderse que los términos “mutilaciones” y “mutilaciones físicas” del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8 2) c) i) y art. 8 2) b) i)), respectivamente, son sinónimos.

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

¹⁵⁹ Pictet (ed), Commentary IV Geneva Convention, Ginebra 1958, art. 32, pág. 233 y sigs.

¹⁶⁰ Sandoz, en: Commentary on the AP, art. 11, No. 478, pág. 156.

¹⁶¹ Sandoz, en: Commentary on the AP, art. 11, No. 479 y sigs., págs. 156 y sigs.

No resulta que hasta la fecha exista ninguna jurisprudencia sobre el elemento de intencionalidad de este crimen. Por consiguiente, este elemento podrá definirse de conformidad con el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Tratos crueles

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el acto u omisión [conducta] del autor cause grandes sufrimientos o lesiones físicas o mentales a la persona o constituya un grave atentado contra la dignidad humana.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado deliberadamente.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

La expresión “actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura” se deriva del artículo 3 1) a) común a los CG.

b) Fundamento jurídico

aa) Observaciones relativas al elemento material

Considerando la cuestión en el contexto del artículo 3 común a los CG y del artículo 4 2) del PA II, de los diversos instrumentos de derechos humanos antes mencionados y del significado corriente de los términos empleados, el Tribunal, en la causa *Delalic*, llegó a la conclusión de que:

*“el trato cruel es el que causa grandes sufrimientos mentales o físicos o constituye un grave atentado contra la dignidad humana, y es equivalente al delito de trato inhumano de las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre infracciones graves.”*¹⁶²

Por consiguiente, según el Tribunal,

“por trato cruel se entiende un acto u omisión intencional, o sea un acto que, juzgado objetivamente, es deliberado y no accidental y causa grandes sufrimientos o lesiones mentales o físicos o constituye un grave atentado contra la dignidad humana. En este sentido, tiene un significado equivalente, y por consiguiente la misma función residual a los efectos del artículo 3 común del Estatuto, que el trato

¹⁶² Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párr. 551, págs. 195 y sigs. Véase también ibíd., párr. 443, pág. 162:

“(…) a los efectos del artículo 3 común, todas las torturas quedan comprendidas en el delito de trato cruel. Sin embargo, este delito abarca todos los actos u omisiones que causen grandes sufrimientos o lesiones mentales o físicos o constituyan un atentado grave contra la dignidad humana.”

Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor’s Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, págs. 44 y 47.

inhumano en relación con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. En consecuencia, el crimen de tortura previsto en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra está comprendido también en la noción de trato cruel. El trato que no reúne los requisitos de finalidad previstos en el artículo 3 común para el delito de tortura constituye un trato cruel.”¹⁶³

Así pues, la jurisprudencia presentada con respecto al art. 8 2) a) ii) — *Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos*, en relación concretamente con el *trato inhumano* — puede ser útil también para determinar ciertos comportamientos que constituyen un trato cruel.

En lo relativo a la argumentación del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, puede añadirse lo siguiente:

En la causa *Tadic*¹⁶⁴ el Tribunal analizó en primer lugar la expresión “trato cruel” en el contexto de dos frases introductorias del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra (“*las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] serán en toda circunstancia tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable [...]. A tal efecto, están, y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas [...]*”), y llegó a la conclusión de que

“*según este Artículo, la prohibición del trato cruel es un medio para alcanzar un fin, que es garantizar que las personas que no participen directamente en las hostilidades serán tratadas con humanidad en todas las circunstancias.*”¹⁶⁵

Además de la prohibición del artículo 3 común a los CG, el trato cruel o la cruedad están prohibidas por el artículo 4 2) del PA II, según el cual:

“*[...] están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:*

a) *los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”*

Esta disposición sirvió de guía al Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en las causas *Tadic* y *Delalic*. En el fallo de la causa *Tadic*, el Tribunal llegó a la conclusión de que:

¹⁶³ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Masic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párr. 552, pág. 196 (sin bastardillas en el original). Para la opinión del fiscal del Tribunal, véase: Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Slavko Dokmanovic*, IT-95-13a-PT, pág. 24; Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Vlatko Kupreskic and others*, IT-95-16-PT, pág. 17; Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, pág. 47. Véase también el artículo 1 2) del anexo de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1975 (A/Res 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975), según la cual: “2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.

¹⁶⁴ En este fallo, “[...] propinar una fuerte paliza e incurrir en otros actos de grave violencia [...]” se consideró ejemplos de tratos crueles, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic: Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 726, pág. 287.

¹⁶⁵ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Masic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-1-T, párr. 552, pág. 196.

“estos ejemplos de tratos crueles [mencionados en el artículo 4] y la inclusión de ‘toda forma de pena corporal’ demuestran que en este caso no se atribuye ningún significado estricto o especial a la expresión ‘trato cruel’”¹⁶⁶.

El examen de los tratados de derechos humanos y de las decisiones de los órganos que se ocupan de estos derechos no aclara la cuestión. Como ocurre con el delito de trato inhumano, no hay ningún instrumento internacional que defina este crimen¹⁶⁷, aunque está prohibido concretamente por el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5(2) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Sin embargo, merece la pena observar que el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece una relación muy estrecha entre el trato cruel y el trato inhumano¹⁶⁸. El artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que contiene una disposición casi idéntica, considera el trato cruel en el contexto del “derecho a la integridad personal”. Hasta 1998 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no había definido los términos “tortura”, y “trato cruel, inhumano o degradante”, que aparecen en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni había establecido la distinción entre esos términos¹⁶⁹. Tampoco la Comisión Interamericana ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tratado de diferenciar con precisión los términos “tortura” y “trato inhumano”, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁰. La Corte Interamericana, como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aplicó directamente estos conceptos a los hechos en varios casos, limitándose a determinar si se había producido o no una violación del derecho a recibir un trato humano.

bb) Observaciones relativas a los elementos de intencionalidad

Según el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia:

“trato cruel constituye un acto u omisión intencional, que, juzgado objetivamente, es deliberado y no accidental.”¹⁷¹

¹⁶⁶ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 725, pág. 287.

¹⁶⁷ Véase J.H. Burger/H. Danelius, *The United Nation Convention Against Torture*, pág. 122; según estos autores: “ha resultado imposible encontrar una definición satisfactoria de este concepto general [trato cruel] cuya aplicación a un caso concreto debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares de la situación”, citado en: Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 724, pág. 287. Nowak, *ICCPR Commentary*, 1993, pág. 131, declara, sin otra distinción, que el trato inhumano y cruel “comprende todas las formas de imposición de grandes sufrimientos que no pueden considerarse tortura por la falta de uno de sus elementos esenciales. Quedan incluidas también las prácticas causantes de sufrimientos que no alcancen la intensidad necesaria”.

¹⁶⁸ Artículo 7 del ICCPR, artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, citados en el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement*, IT-94-1-T, párr. 723, pág. 287.

¹⁶⁹ Véase McGoldrick, *The Human Rights Committee*, 1991, págs. 364 y 371; Nowak, *ICCPR Commentary*, 1993, págs. 129 y 134 y sigs.

¹⁷⁰ Davidson, en: Harris/Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, 1998, pág. 230.

¹⁷¹ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zeljko Delalic, Zdravko Masic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párr. 552, pág. 196. Para la opinión del Fiscal del Tribunal, véase Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor’s Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Slavko Dokmanovic*, IT-95-13a-PT, pág. 24.

En la causa *Delalic* el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia declaró explícitamente que:

*“La temeridad constituiría una forma suficiente de intencionalidad”*¹⁷²

Tortura

1. Resultados de los estudios de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya inflijido a la víctima, por acto u omisión, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.
2. Que por lo menos una de las personas participantes en los actos de tortura sea un funcionario público, o en todo caso no actúe a título privado, por ejemplo como órgano de facto de un Estado o de cualquier otra entidad que ejerza autoridad.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya causado el dolor o el sufrimiento intencionalmente y con los fines siguientes:
 - a) Obtener información o una confesión de la víctima o de un tercero;
 - b) Castigar a la víctima por un acto que ésta, o un tercero, haya cometido o se sospeche que ha cometido;
 - c) Intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o al tercero; o
 - d) Cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

La expresión “actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura” se deriva del artículo 3 1) a) común a los CG.

b) Fundamento jurídico

En lo relativo a una eventual diferencia entre la noción de “tortura” en el contexto de un conflicto armado internacional (artículo 8 2) a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional) por una parte, y en el de un conflicto armado no internacional (artículo 8 2) c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional) por la otra, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia llegó a la conclusión de que *“las características del delito de tortura según el artículo 3 común son las mismas que las de las disposiciones referentes a las ‘infracciones graves’ de los Convenios de Ginebra”*¹⁷³. Por consiguiente, los fallos

¹⁷² Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Closing Statement of the Prosecution, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, anexo 1, págs. A 1 a 6 y 11.

¹⁷³ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 443, pág. 162.

del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda analizados anteriormente en la sección relativa al *artículo 8 2) a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949)* pueden servir de guía para la interpretación de los elementos de este delito, fuera o no de índole internacional el conflicto durante el cual se cometieron los actos. Así pues, los estudios de las fuentes arrojan en gran parte el mismo resultado, y los elementos materiales y de intencionalidad están formulados básicamente de igual modo.

En su fallo más reciente, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia especificó algunos de los elementos del delito de tortura “considerados desde el punto de vista concreto del derecho penal internacional relativo a los conflictos armados”. Así pues, la Sala de Primera Instancia estima que los elementos de tortura en un conflicto armado deben reunir los siguientes requisitos:

- “i) *Que infljan, por acto u omisión, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; además*
- ii) *Este acto u omisión ha de ser intencional;*
- iii) *Que el acto u omisión tenga por finalidad obtener información o una confesión, o a castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a un tercero, o discriminar, por cualquier razón, a la víctima o a un tercero;*
- iv) *Que el acto u omisión esté relacionado con un conflicto armado;*
- v) *Que por lo menos una de las personas participantes en el acto de tortura sea funcionario público o en todo caso no actúe a título privado, por ejemplo, como órgano de facto de un Estado o de cualquier otra entidad que ejerza autoridad.”*¹⁷⁴

En cuanto a la inclusión del término “humillar” en el inciso iii), el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sostuvo, en el mencionado fallo, que dicha inclusión

*“está justificada por el espíritu general del derecho humanitario internacional ya que la finalidad primordial de este cuerpo de derecho es salvaguardar la dignidad humana. Esta proposición está corroborada también por algunas disposiciones generales de tratados internacionales tales como los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales, todos los cuales tienen por finalidad la protección de las personas que no participan, o ya no participan, en las hostilidades contra ‘ultrajes a la dignidad personal’. En todo caso, la noción de humillación se aproxima a la de intimidación, mencionada explícitamente en la definición de tortura de la Convención contra la Tortura.”*¹⁷⁵

En cuanto al elemento de actuar en el ejercicio de funciones públicas, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en la causa *Delalic*, sostuvo lo siguiente:

“Tradicionalmente, un acto de tortura debe haber sido cometido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento y aquiescencia. En el contexto de derecho humanitario internacional, debe entenderse que esta condición comprende a funcionarios de Estados que no son partes en un conflicto, si se quiere que la prohibición siga

¹⁷⁴ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, párr.162, págs. 63 y sigs.

¹⁷⁵ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, párr. 163, pág. 64.

teniendo sentido cuando en los conflictos armados internos o internacionales intervengan algunas entidades no estatales.”¹⁷⁶

Así pues, en el contexto de los conflictos armados no internacionales, esta disposición incluye los actos imputables a agentes no estatales que participen en un conflicto armado. A este respecto, debe considerarse que los soldados cumplen una función oficial.

Artículo 8 2) c) ii) – Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales de los tratos humillantes y degradantes

1. Que el acto u omisión [conducta] del autor constituya un atentado a la dignidad humana y haya causado — a juicio de los demás o a juicio de la víctima — una humillación o envilecimiento que alcance un nivel mínimo de gravedad.

Elemento de intencionalidad del trato humillante y degradante

2. Que el autor haya actuado deliberadamente.

2. Comentario

a) Referencias en tratados al crimen de guerra

La expresión “ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes” procede del artículo 3 1) a) común a los CG.

b) Fundamento jurídico

No resulta que haya decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia o del Tribunal Internacional para Rwanda sobre los elementos generales de este delito. Los términos empleados en su definición hacen pensar que los tratos humillantes y degradantes no son sino ejemplos de ultrajes contra la dignidad personal. La lista no es desde luego exhaustiva, como demuestran las palabras “en particular”¹⁷⁷. El trato

¹⁷⁶ Fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Masic also known as “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo also known as “Zenga”*, IT-96-21.T, párr. 473, pág. 172.

¹⁷⁷ El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia mencionó como ejemplo cualquier agresión sexual grave que no comprenda la penetración efectiva. Según el Tribunal, la prohibición “abarca todos los abusos deshonestos graves infligidos contra la integridad física y moral de una persona mediante coacción, amenaza de fuerza o intimidación, de un modo que sea degradante y humillante para la dignidad de la víctima”. Fallo del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia *The Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, párr. 186, pág. 73. A continuación de estas conclusiones, el Fiscal del Tribunal consideró que eran elementos de la agresión sexual:

1. que el abuso deshonesto grave se haya infligido contra la integridad física y moral de la víctima, mediante coacción, amenaza de fuerza o intimidación, de un modo degradante y humillante para la dignidad de la víctima;

2. que los actos u omisiones se hayan cometido deliberadamente.

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, IT-95-PT, pág. 53. El Fiscal del Tribunal definió el modo siguiente

mencionado debe constituir un atentado contra el objetivo principal de este delito, a saber, la dignidad de la persona humana. A este respecto, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia señaló lo siguiente:

“El propósito era que la salvaguardia de la dignidad personal fuera lo suficientemente flexible para abarcar cualquier acto u omisión que degrade, humille o constituya un atentado contra la integridad de la víctima, incluida la integridad sexual”¹⁷⁸.

Las disposiciones de los CG (artículo 95 CG IV) y los PA (arts. 75 2) b), 85 4) c) AP I, 4 2) e) del PA II) que utilizan esta terminología no contienen ninguna otra aclaración. En la causa *Aleksovski*¹⁷⁹, el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia se refirió al comentario del CICR al artículo 75 del PA I; según el CICR, la expresión “ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier otra forma de violencia sexual”:

“se refiere a actos que, sin que causen directamente un daño a la integridad física y mental de las personas, tienen por objeto humillarlas y ridiculizarlas, o incluso. Estas disposiciones figuran en los Convenios (artículo 3 común; artículos 14 [¹⁸⁰] y 52 [¹⁸¹] del Tercer Convenio, Artículo 27 [¹⁸²] del Cuarto Convenio).”¹⁸³

el concepto de “deliberado”. “Una forma de intención que incluye la temeridad pero excluye la negligencia ordinaria”. “Deliberado” significa que existe una intención positiva de hacer algo, que puede conocerse por inferencia si las consecuencias eran previsibles, mientras que por “temeridad” se entiende una negligencia deliberada que adquiere proporciones de negligencia criminal grave.

Ibíd., págs. 35, 56. Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia Pre-trial Brief, *The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radic, Milojica Kos, Zoran Zigić*, IT-98-30-PT, págs. 45 et seq.

¹⁷⁸ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor’s Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac*, IT-96-23-PT, págs. 28 et seq.

¹⁷⁹ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/I-PT, párr. 56, pág. 23.

¹⁸⁰ Artículo 14 del CG III:

“Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor.

Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres.

Los prisioneros de guerra conservarán su plena capacidad civil tal como era cuando fueron capturados. La Potencia detenedora no podrá limitar el ejercicio de esa capacidad, sea en su territorio, sea fuera del mismo, más que en la medida requerida por el cautiverio.”

¹⁸¹ Artículo 52 2) del CG III:

“A ningún prisionero de guerra se asignarán trabajos que puedan considerarse que son humillantes para un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora.”

Véase también a este respecto el artículo 95 1) del CG IV:

“La Potencia detenedora no podrá emplear a internados como trabajadores, a no ser que estos lo deseen [...]. Están prohibidos, en todo caso el empleo [...] trabajos degradantes o humillantes.”

¹⁸² Artículo 27 del CG IV:

“Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor.

Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que

El Cambridge International Dictionary of English (1995) define el término “ultraje” como una “acción ofensiva, moralmente inaceptable y habitualmente violenta” (pág. 1003).

aa) *Observaciones relativas al elemento material del trato humillante y degradante*

No resulta que existan fuentes jurídicas que traten concretamente de los ultrajes cometidos contra la dignidad de la persona. Ateniéndose a los criterios de las causas *Delalic* y *Furundzija* (ambas citadas anteriormente), que, basándose en el derecho de los derechos humanos, definen “tortura” como un crimen de guerra, las siguientes causas relativas a los derechos humanos podrían ser de utilidad para determinar los elementos del “trato degradante”:

• Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En lo relativo a las diferentes formas de malos tratos mencionadas en el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a saber, la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó en general que:

*“Los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad si han de quedar comprendidos en las disposiciones del artículo 3 [Convención Europea de Derechos Humanos]. La determinación de lo que constituye este mínimo es, por su propia naturaleza, relativa y depende de las circunstancias del caso, como la duración del trato, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, etc.”*¹⁸⁴

Más concretamente, sobre la base de la Convención Europea de Derechos Humanos, el término “trato degradante” se definió por primera vez en la causa *Greek* del modo siguiente:

*“Puede decirse que el trato o el castigo de un individuo es degradante si le humilla gravemente delante de otras personas o le induce a actuar contra su voluntad o su conciencia.”*¹⁸⁵

Más tarde, en la causa *Ireland v. The United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró degradantes cinco técnicas de realizar interrogatorios:

*“por cuanto, por su propia naturaleza, provocaban en las víctimas, sentimientos de miedo, angustia e inferioridad que podrían humillarlas y envilecerlas y, posiblemente, quebrantar su resistencia física o moral.”*¹⁸⁶

ataña a la raza, a la religión o a las opiniones políticas.”

¹⁸³ Pilloud/Pictet, en: *Commentary on the AP*, Art. 75, Nos. 3047 et seq., p. 873.

¹⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 25, 1978, pág. 65; ECHR, *Tyler Case*, *ibid.*, vol. 26, 1978, pág. 14; ECHR, *Case of Campbell and Cosans*, *Ibid.*, vol. 48, 1982, pág. 13; ECHR, *Case of Selçuk and Asker v. Turkey*, Reports of Judgements and Decisions, 1998-II, pág. 910.

¹⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *The Greek Case*, Yearbook of the Convention on Human Rights vol. 12, 1972, pág. 186. See also ECHR, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, *Ibid.*, vol. 19, 1977, pág. 748.

¹⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 25, 1978, pág. 66. Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering Case*, *Ibid.*, vol. 161, 1989, párr. 100, pág. 39; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Campbell and Cosans*, *Ibid.*, vol. 48, 1982, pág. 13; en esta última causa, el Tribunal declara que un tratamiento “no será degradante salvo que la persona afectada haya sufrido, a juicio de los demás o a juicio propio,

En lo relativo al castigo degradante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionó en otro caso los siguientes elementos:

- Que la víctima fuera tratada como un objeto en poder de las autoridades;
- Que el trato inferido constituyera un atentado contra lo que es precisamente una de las principales finalidades del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, o sea la dignidad y la integridad física de la persona;
- Que el castigo tuviera efectos psicológicos adversos;
- Que se causara en la víctima un estado de angustia mental¹⁸⁷.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*por regla general, una medida que sea necesaria desde el punto de vista terapéutico no puede considerarse inhumana o degradante*”¹⁸⁸.

Considerando la jurisprudencia relativa a las diferentes formas de malos tratos previstas en la Convención Europea de Derechos Humanos, se ha observado lo siguiente: un mismo trato puede ser a la vez degradante e inhumano, como en el caso de las cinco técnicas de interrogatorio mencionadas en la causa *Ireland v. The United Kingdom*, y la agresión física de la causa *Tomasi v. France*¹⁸⁹. En la causa *Greek*, la Comisión partió del supuesto de que “*todas las torturas han de constituir un trato inhumano y degradante, y un trato inhumano que también es degradante*”¹⁹⁰. Sin embargo, no todos los tratos o castigos degradantes son necesariamente inhumanos ni pueden considerarse torturas¹⁹¹.

- Comisión de Derechos Humanos y Sistema Interamericano

El examen de las decisiones de estos órganos especializados en derechos humanos no ofrece ninguna aclaración al respecto. Hasta 1998 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no definió los términos “tortura” ni “trato cruel e inhumano o trato o castigo degradante”, que aparecen en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ni estableció las diferencias entre esos términos¹⁹². Ni la Comisión Interamericana ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tratado de diferenciar con precisión los términos “tortura”, “trato inhumano” y “trato degradante”, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos

una humillación o un envilecimiento que alcance un nivel mínimo de gravedad. Este nivel deberá evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias”.

¹⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyler case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 26, 1978, págs. 16 y sig.

¹⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Herczegfalvy v. Austria*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 244, 1993, pág. 26 (La causa se refería a una persona que era incapaz de tomar decisiones).

¹⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 25, 1978, párrs. 162 y sig., págs. 66 y sig.; ECHR, *Tomasi v. France*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 241-A, 1992, párrs. 107 y sig., págs. 40 y sig.

¹⁹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *The Greek Case*, Yearbook of the Convention on Human Rights vol. 12, 1972, pág. 186.

¹⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyler Case*, Publications of the European Court on Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 26, 1978, párr. 29, pág. 14.

¹⁹² Véase MCGoldrick, *The Human Rights Committee*, 1991, págs. 364, 370; Nowak, *ICCPR Commentary*, 1993, págs. 134 *et seq.* Este comentador considera que el trato degradante es el nivel menos grave de la violación prevista en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el autor llega a la conclusión de que la gravedad del sufrimiento impuesto es menos importante en este caso que la humillación de la víctima, independientemente de que esta humillación se haya producido a juicio de los demás o de la propia víctima.

Humanos¹⁹³. La Corte Interamericana, al igual que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha aplicado estos conceptos directamente a los hechos en varios casos, limitándose a determinar si se había producido o no una violación del derecho a recibir un trato humano.

Considerando estas fuentes, cabe llegar a la conclusión de que no existe una diferencia real entre el trato degradante y el trato humillante, ya que en el derecho relativo a los derechos humanos el elemento de humillación parece un factor constitutivo del trato degradante.

La siguiente lista, no exhaustiva, de ejemplos extraídos de la jurisprudencia de los derechos humanos, indica qué conducta puede constituir trato humillante y degradante:

- Formas de discriminación racial (trato diferente a un grupo de personas por razón de su raza)¹⁹⁴,
- Técnicas psicológicas concretas de realizar interrogatorios que al propio tiempo constituyan tratos inhumanos (mantener a la víctima de pie contra la pared, tenerla encapuchada, o hacerla soportar ruidos, privación de sueño o privación de alimento y bebida)¹⁹⁵,
- En la causa *Hurtado v. Switzerland*, el denunciante se había ensuciado en los pantalones por el sobresalto que le había producido una granada empleada para su detención. La Comisión concluyó que había habido trato degradante porque el denunciante no pudo cambiarse hasta el día siguiente, después de haber sido transportado de un edificio a otro y sometido a interrogatorio¹⁹⁶,
- Formas concretas de castigo corporal¹⁹⁷,
- Prácticas carcelarias arbitrarias destinadas a humillar a los reclusos y hacerles sentirse inseguros (confinamiento solitario repetido, dejarles que pasen frío, cambios continuos de celda)¹⁹⁸,
- Diversas reclusas fueron objeto de humillaciones expresas, consistentes en maniatarlas y dejarlas suspendidas, desnudas, o en obligarlas a mantener una cierta postura durante mucho tiempo¹⁹⁹.

¹⁹³ Davidson, en: Harris/Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, 1998, pág. 230.

¹⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *East African Asian Cases*, 3 E.H.R.R. 1973, Com Rep, pág. 76; CM DH (77) 2. Véase también el detallado análisis de Harris/O'Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, págs. 81 *et seq.*

¹⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 25, 1978, párr. 96.

¹⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hurtado v. Switzerland*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 280-A, 1984, párr. 68, pág. 14.

¹⁹⁷ Un análisis detallado figura en la obra de Harris/O'Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, pp. 81 *et seq.*, *with references to the case law*, esp. ECHR, *Tyer Case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 26, 1978 (el denunciante había sido condenado a tres azotes con una vara de fresno de conformidad con la legislación penal de la Isla de Man), pp. 16 *et seq.*; ECHR, *Costello-Roberts v. UK*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 247-C, 1993, Com Rep, párrs. 79 a 89, págs. 16 a 17 (apaleamientos); ECHR, *Y v. UK*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 247-A, 1993, Com Rep, párrs. 37-46, págs. 12 a 14 (apaleamientos).

¹⁹⁸ *H. Conteris v. Uruguay*, Comunicación No. 139/1983, Informe de la Comisión de Derechos Humanos, UN GAOR Doc. A/40/40, párrs. 9.2-10, pp. 201-202.

¹⁹⁹ *L. Arzuaga Gilboa v. Uruguay*, Comunicación No. 147/1983, Informe de la Comisión de Derechos Humanos, UN GAOR Doc. A/41/40, párrs. 4.3 y 14, págs. 130 y 133 (también trato cruel); *E. Soriano de Bouton v. Uruguay*, Comunicación No. 37/1978, Informe de la Comisión de Derechos

bb) *Observaciones relativas al elemento de intencionalidad del trato humillante y degradante*

Hasta ahora no parece haber jurisprudencia sobre el elemento de intencionalidad de este crimen.

Artículo 8 2) c) iii) – Toma de rehenes

1. Resultados del estudio de las fuentes

1. Que el autor haya capturado o detenido, o retenga ilegalmente como rehén de otra forma, a una persona.
2. Que el autor haya amenazado con dar muerte o herir a dicha persona, o la siga reteniendo.
3. Que el autor haya llevado a cabo estos actos con el propósito de obligar a un tercero, incluido el Estado, una organización internacional, una persona natural o una persona jurídica, o un grupo de personas, a actuar o abstenerse de actuar como condición explícita o implícita para la liberación del rehén.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

La prohibición de la toma de rehenes se encuentra en el artículo 3 común de los CG y se reitera en el artículo 4 2) c) del PA II.

b) Fundamento jurídico

No resulta que haya decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia o del Tribunal Internacional para Rwanda acerca de este delito. Sin embargo, en la causa contra *Kordic y Cerkez* el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó los siguientes elementos específicos de este crimen:

- “1. *Que hayan tenido lugar actos u omisiones de resultas de los cuales se capture, detenga o retenga ilegalmente de otra forma a una o varias personas como rehenes;*
2. *Que los actos u omisiones conlleven una amenaza de lesionar, matar o seguir reteniendo a esta persona o personas, para obligar a un Estado, una fuerza militar, una organización internacional, una persona natural o un grupo de personas a hacer o abstenerse de hacer algo como condición explícita o implícita para la liberación de los rehenes en condiciones de seguridad;*
3. *Que los actos u omisiones se cometieran deliberadamente [²⁰⁰]; [...]”²⁰¹.*

²⁰⁰ Humanos, UN GAOR Doc. A/36/40, párrs. 2.5 y 13 págs. 144 y 146.

²⁰¹ En la causa *Simic and others* el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió el concepto de “deliberado” del modo siguiente: “Una forma de intención que incluye la temeridad pero excluye la negligencia ordinaria. ‘Deliberado’ significa que existe una intención positiva de hacer algo, que puede conocerse por inferencia si las consecuencias eran previsibles, mientras que por ‘temeridad’ se entiende una negligencia deliberada que adquiere proporciones de negligencia criminal grave”, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor’s Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, IT-95-9-PT, pág.

Además, las conclusiones expuestas en la sección relativa al delito de toma de rehenes (art. 8 2) a) viii) del Estatuto) en el contexto de los conflictos armados internacionales, son aplicables también a este delito cuando se comete en el contexto de un conflicto armado no internacional. Ni el Estatuto de la Corte Penal Internacional ni los CG dan indicaciones de que este delito tenga elementos constituyentes distintos según se trate de un conflicto armado internacional o no internacional. El Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia definió del mismo modo los elementos específicos de ambas situaciones²⁰².

Artículo 8 2) c) iv) – Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables

1. Resultados de los estudios de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el acto u omisión [conducta] del autor haya dado lugar al pronunciamiento de una sentencia y/o el cumplimiento de ejecuciones.
2. Que un tribunal constituido regularmente no haya pronunciado una sentencia previa, que ofrezca todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado deliberadamente.

2. Comentario

a) Referencias en tratados al crimen de guerra

El crimen de “dictar condenas o efectuar ejecuciones sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables” se ha tomado del artículo 3 1) d) común a los Convenios de Ginebra, con la única excepción de que se ha suprimido la referencia a los “pueblos civilizados” y se ha añadido, en cambio, el adverbio “generalmente”.

b) Fundamento jurídico

35

²⁰¹ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-trial Brief, *The prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, pág. 48.

²⁰² Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor’s Pre-Trial Brief, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, págs. y 48.

Hasta ahora, los tribunales especiales no se han pronunciado sobre los elementos de este delito. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no ofrece ninguna aclaración para interpretar este delito.

aa) Observaciones relativas al elemento material

De las diversas fuentes que se examinan a continuación pueden sacarse las siguientes conclusiones. La expresión “un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables” incluye los siguientes elementos aunque sin limitarse a ellos:

- El derecho a ser oído [públicamente] y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente, e imparcial establecido por la ley, incluido el derecho a tener acceso a un tribunal (véanse los artículos 6 2) del Protocolo Adicional II, 14 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 6 1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), 8 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH))
 - El derecho a ser informado sin demora de la acusación formulada (véanse los artículos 6 2) a) del PA II, 14 3) a) del PIDCP, 6 3) a) de la CEDH, 8 2) b) de la CADH)
 - El derecho a ejercer antes y después del proceso, todos los derechos y medios de defensa (artículo 6 2) a) del PA II en general; véase también los artículos 14 3) del PIDCP, 6 3) de la CEDH, 8 2) de la CADH), lo que incluye las siguientes garantías mínimas y garantías previas al proceso:
 - El derecho a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (artículos 9 3) del PIDCP 5 3) de la CEDH, 7 5) de la CADH)
 - El derecho del detenido a recurrir ante un tribunal para que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad (artículos 9 4) PIDCP, 5 4) de la CEDH, 7 6) de la CADH)
 - El derecho de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa [y a comunicarse con un defensor de su elección] (artículos 14 3) b) del PIDCP, 6 3) b) de la CEDH, y 8 2) c) d) de la CADH)
 - El derecho del acusado a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección (artículos 14 3) d) del PIDCP, 6 3) c) de la CEDH, 82) d) e) de la CADH, y 7 1) c) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos)
 - El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (artículos 14 3) c) del PIDCP, 6 1) de la CEDH, 8 1) de la CADH y 7 1) d) de la Carta Africana) (“en un plazo razonable”))
 - El derecho a presentar e interrogar testigos (artículos 14 3) e) del PIDCP, 6 3) d) de la CEDH, 8 2) f) de la CADH; véase también el artículo 75 4) g) del PA I)
 - El derecho a ser asistido por un intérprete (artículos 14 3) f) del PIDCP, 6 e) de la CEDH (casi a la letra), 8 2) a) de la CADH (“gratuitamente”))
 - Nadie podrá ser condenado por una infracción sino sobre la base de la responsabilidad penal individual (artículo 6 2) b) del PA II)

- El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y la prohibición de imponer una pena más grave (artículo 6 2) c) del PA II, 15 del PIDCP, 7 de la CEDH, 9 de la CADH y 7 2) de la Carta Africana)
- El derecho a la presunción de inocencia (artículos 6 2) d) del PA II, 14 2) del PIDCP, 6 2) de la CEDH, 8 2) de la CADH y 7 1) b) de la Carta Africana)
- El derecho a hallarse presente al ser juzgado (artículos 6 2) e) del PA II, 14 3) d) del PIDCP y 8 2) g) de la CADH)
- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (artículos 6 2) f) del PA II, 14 3) g) del PIDCP, 8 2) g) y 8 3) de la CADH)
- El derecho de la persona condenada a ser informada, en el momento de su condena, de su derecho a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos (artículo 6 3) del PA II)
- El derecho del acusado a que la sentencia sea pronunciada públicamente (artículo 75 4) i) del PA I, 14 1) del PIDCP, 6 1) de la CEDH y 8 5) de la CADH)
- El principio *non bis in ídem* (artículos 86 del CG III, 117 3) del CG IV, 75 4) h) del PA I, 14 1) del PIDCP, 4 del Séptimo PA de la CEDH y artículo 8 4) de la CADH)

1) Observaciones generales

Ni el artículo 8 2) c) iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional ni el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ofrecen muchas orientaciones respecto al significado de las nociones “tribunal constituido regularmente” y “garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”. Sin embargo, cabe observar que el texto del encabezamiento del artículo 6 2) del Protocolo Adicional II es esencialmente idéntico al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y también al artículo 8 2) c) iv) del Estatuto. La pertinencia del artículo 6 2) del Protocolo Adicional II para la interpretación del artículo 3 1) l) de los Convenios de Ginebra se pone de relieve en el comentario del CICR al artículo 75 del Protocolo Adicional I:

*“El artículo 3 [común] se basa en las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, en tanto que el artículo 75 del Protocolo Adicional enumera estas garantías. Así pues, este artículo, e incluso en mayor medida el artículo 6 del Protocolo II (Diligencias penales), proporcionan valiosas indicaciones que contribuyen a explicar los términos del artículo 3 sobre las garantías”*²⁰³

y en el comentario al artículo 6 del Protocolo Adicional II:

“El artículo 6 establece algunos principios de aplicación universal que todo organismo responsablemente organizado debe y puede respetar. Este artículo complementa y desarrolla el artículo 3, párrafo 1 d) que prohíbe las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio pronunciadas por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Esta norma, muy general, exigía una aclaración a fin de fortalecer la prohibición de la justicia sumaria y las condenas sin proceso, lo que ya incluye. El artículo 6 reitera los principios que figuran en los Convenios III y IV y, por lo demás, se basa en gran parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular en su artículo 15, que no permite

²⁰³ Pilloud/Pictet, en: *Commentary on the AP*, artículo 75, No. 3084, pág. 878 (la bastardilla añadida).

ninguna derogación, ni siquiera en caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación.”²⁰⁴

Cabe concluir de estas fuentes que el artículo 6 2) del Protocolo Adicional II es una explicación más que una ampliación del artículo 3 1) d) común a los Convenios de Ginebra. Por consiguiente, los elementos materiales del artículo 6 2) del Protocolo Adicional II pueden constituir una indicación para los respectivos elementos del artículo 8 2) c) iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En particular, cabe afirmar que la lista mínima no exhaustiva, de garantías esenciales que contiene el artículo 6 2) del Protocolo Adicional II se aplica también a este crimen. Según la interpretación en el caso *Delalic* (citado anteriormente) y en el caso *Furundzija* (también citado anteriormente) en los que, con referencia a los derechos humanos, se definió la “tortura” como un crimen de guerra, la jurisprudencia pertinente de los respectivos órganos de derechos humanos puede constituir otra indicación para la interpretación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y, por lo tanto, del artículo 8 2) c) iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta interpretación está incluso más justificada en el caso de este delito, ya que como se señalaba en el comentario del CICR, el artículo 6 2) del Protocolo Adicional II reitera en gran medida unos principios basados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2) Significado de la expresión “tribunal constituido regularmente”

Teniendo en cuenta que el Estatuto ha reproducido literalmente los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, también los grupos armados disidentes están obligados a establecer un “tribunal constituido regularmente” para que pueda pronunciarse una condena. Así pues, están prohibidos los tribunales especiales creados para un caso particular por los grupos rebeldes.

Sin embargo, el problema de los tribunales creados por grupos rebeldes dio lugar a un cambio de redacción en el texto del artículo 6 2) del Protocolo Adicional II, destinado a aclarar la norma general del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. En el comentario del CICR al Protocolo Adicional II, los *travaux préparatoires* se describen en los siguientes términos:

“[El artículo 6 2) del Protocolo Adicional II] repite el párrafo 1, apartado d) del artículo 3 común con una ligera modificación. La expresión ‘tribunal constituido regularmente’ se ha sustituido por ‘un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad’. De hecho, algunos expertos afirmaron que era poco probable que un tribunal pudiese estar ‘regularmente constituido’ de conformidad con la legislación nacional por un grupo rebelde. Teniendo en cuenta estas observaciones, el CICR propuso una fórmula equivalente, tomada del artículo 84 del Convenio III, que fue aceptada sin oposición.

*Esta sentencia reafirma el principio de que toda persona acusada de haber cometido un delito en relación con el conflicto tiene derecho a un proceso justo. Este derecho sólo puede hacerse efectivo si la sentencia la dicta ‘un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad’. Los apartados a) a f) ofrecen una lista de estas garantías esenciales; como lo indica la expresión ‘en particular’, en el encabezamiento de la lista, se trata de una lista ilustrativa, que sólo enumera las normas reconocidas universalmente.”*²⁰⁵

²⁰⁴ Junod, en: *Commentary on the AP*, artículo 6, No. 4597, pág. 1396 (la bastardilla añadida).

²⁰⁵ Junod, en: *Commentary on the AP*, artículo 6, No. 4600 y sig., pág. 1398.

De esta fuente cabe concluir que la independencia e imparcialidad son las principales características de un “tribunal constituido regularmente”. Los tratados internacionales y regionales de derechos humanos mencionan las mismas garantías (artículos 14.1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6.1) de la Convención Europea de Derechos Humanos, 8.1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Como se ha indicado antes, la jurisprudencia de los respectivos órganos de derechos humanos puede constituir una nueva indicación para interpretar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y, por lo tanto, el artículo 8.2.c) iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

Comité de derechos humanos

- Artículo 14.1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley*”

Imparcialidad: El Comité de Derechos Humanos definió esta expresión en los siguientes términos:

*“La ‘imparcialidad’ del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entiende y que no deben actuar de manera que promueva los intereses de una de las partes. En los casos en que la ley estipula los motivos para recusar a un juez, corresponde al tribunal considerar ex officio esos motivos y reemplazar a los miembros del tribunal a los que se haya recusado. Normalmente, no se puede considerar que un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a sus estatutos internos, debería haber sido recusado, sea un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14.”*²⁰⁶

- El Comité considera que “*una situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en las que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial ...*”²⁰⁷.
- Una condena de un tribunal especial en virtud de la legislación antiterrorista integrado por jueces con el rostro cubierto (jueces sin rostro) es incompatible con el artículo 14. Este tribunal no puede considerarse como imparcial e independiente: “*En un sistema de juicios con ‘jueces sin rostro’ ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido ad hoc, puede estar compuesto por militares en servicio activo*”²⁰⁸.

Según el Comité de los Derechos Humanos, otro elemento del artículo 14.1) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el derecho general de *acceso del acusado a un tribunal*²⁰⁹.

²⁰⁶ *A. O. Karttunen contra Finlandia*, 1992, Comunicación No. 387/1989, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas* A/48/40, párr. 7.2, pág. 353.

²⁰⁷ *Angel N. Oló Bahamonde contra Guinea Ecuatorial*, Comunicación No. 468/1991, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas* A/49/40 (1994), párr. 9.4, pág. 193.

²⁰⁸ *R. Espinoza de Polay contra el Perú*, 1997, Comunicación No. 577/1994, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas* A/53/40, pág. 42.

²⁰⁹ *Angel N. Oló Bahamonde contra Guinea Ecuatorial*, Comunicación No. 468/1991, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas* A/49/40 (1994), párr. 9.4, pág. 193.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Artículo 6 1) de la CEDH: “*toda persona tiene derecho a que su causa sea juzgada equitativamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley*”

- i) *Independiente* (del poder ejecutivo, legislativo o de las partes): véase por ejemplo la *causa Findlay contra el Reino Unido*²¹⁰, *causa Ringeisen*²¹¹; *causa Bentham*²¹²; *causa Campbell y Fell*²¹³:

“Para determinar si un órgano puede considerarse independiente (...), el tribunal debe considerar la forma en que han sido nombrados sus miembros y la duración de su mandato (...), la existencia de garantías contra presiones del exterior (...) y la cuestión de si el órgano presenta una apariencia de independencia”

- ii) *Imparcial*: los jueces tienen que estar por encima de las partes para decidir sin influencias personales y objetivamente, únicamente según su leal saber y entender. La imparcialidad implica también falta de prejuicios. Véase el caso *Piersack*²¹⁴, caso *De Cubber*²¹⁵, caso *Findlay contra el Reino Unido*²¹⁶:

“Este requisito tiene dos aspectos. En primer lugar, el tribunal debe estar libre de prejuicios personales desde el punto de vista subjetivo. En segundo lugar, también debe ser imparcial desde el punto de vista objetivo, es decir, que debe ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto.”

²¹⁰ TEDH, 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997–I, No. 30, párr. 73, pág. 281, with further references (Un oficial que había convocado al tribunal desempeñó un papel importante en las actuaciones previas al proceso y designó a los miembros de la Corte marcial. Todos los jueces eran militares subordinados al oficial que los había convocado, que también desempeñó un importante papel durante las actuaciones, por ejemplo se encargó de la comparecencia de los testigos en el proceso y fue necesario su consentimiento para alguna de las diligencias del proceso. Además, podía modificar la sentencia impuesta, que en ningún caso surtía efecto hasta que no hubiese sido ratificada por él, pág. 281 y sigs.), seguido en: TEDH, *Coyne v. UK*, ibíd., 1997–V, No. 49, págs. 1854 y sigs.

²¹¹ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 13, párr. 95, pág. 39 (En este caso no se encontró ninguna violación).

²¹² TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 97, párrs. 41 a 43, pág. 18 (El órgano judicial no era independiente ya que se trataba de un órgano administrativo que actuaba bajo la autoridad del ministro; no hubo una apelación ulterior a un tribunal independiente).

²¹³ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 80, párr. 78, págs. 39 y 40 (No hubo violación. Los miembros de la Junta habían sido designados por el secretario (ejecutivo) del interior. Pero no recibieron instrucción alguna; se los eligió por un período de tres años y no se los podía separar del cargo al menos de hecho, aunque el estatuto que regía su desempeño no incluía ninguna garantía oficial de ello.).

²¹⁴ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 53, párrs. 28 y sigs., págs. 13 a 16 (No hubo imparcialidad objetiva: uno de los jueces del tribunal había sido un antiguo oficial judicial en el departamento del fiscal; y ya se había ocupado del caso en cuestión).

²¹⁵ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 86, párrs. 24 y sigs., págs. 13 a 16 (No hubo imparcialidad objetiva: uno de los jueces del tribunal había sido un antiguo juez de instrucción del caso).

²¹⁶ TEDH, 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997–I, No. 30, pág. 281 (No hubo imparcialidad debido al papel e influencia del oficial que había convocado al tribunal, pág. 282; por lo que respecta a los hechos véase la nota de pie de página 75 *supra*); véase también TEDH, *Hauschildt case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 154, párr. 46, pág. 21.

En cuanto a la imparcialidad de un jurado, véase el caso *Holm*²¹⁷.

iii) Puede encontrarse una definición de “tribunal” en el caso *Belilos*²¹⁸:

“[A] Un ‘tribunal’ se caracteriza, en el sentido sustantivo del término, por su función judicial, a saber determinar las cuestiones de su competencia sobre la base de las normas de derecho y de acuerdo con los procedimientos prescritos [...] También debe satisfacer otros requisitos —independencia, en particular del poder ejecutivo; imparcialidad; duración del mandato de sus miembros y garantías procesales — algunas de las cuales figuran en el propio texto del artículo 6 1).”

iv) Según el Tribunal Europeo otro elemento del artículo 6 1) de la Convención es el derecho general del acusado a tener *acceso a un tribunal*²¹⁹.

Sistema Interamericano

• Artículo 8 1) de la CADH: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley*”

i) La Comisión expuso, en un informe titulado “*Medidas necesarias para hacer más efectiva la autonomía, independencia e integridad de los miembros del poder judicial*”, los criterios que deben aplicar los Estados miembros para satisfacer los requisitos de *independencia judicial e imparcialidad*. La enumeración incluye los criterios siguientes:

a) Garantizar la no intervención de los poderes ejecutivo y legislativo en los asuntos propios del poder judicial;

b) Dotar al poder judicial del apoyo político y de los medios necesarios para que cumpla su función de garante de los derechos humanos a plenitud;

c) Garantizar la inamovilidad de los jueces;

d) Mantener la vigencia del estado de derecho y declarar estados de emergencia solamente cuando ello sea absolutamente necesario de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

*e) Devolver a los jueces el derecho de disposición y control sobre las personas privadas de libertad.”*²²⁰

ii) En cuanto al significado de *imparcialidad*, la Comisión dijo:

*“La imparcialidad implica que el tribunal o el juez no tienen opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice y, en particular, que no presumen la culpabilidad del acusado. Para el Tribunal Europeo, la imparcialidad del juez implica elementos subjetivos y objetivos. Su imparcialidad subjetiva en un caso concreto se presume mientras no se demuestre lo contrario. La imparcialidad objetiva, por otra parte, requiere que el tribunal o el juez ofrezcan garantías suficientes para eliminar toda duda en cuanto a su imparcialidad en el caso.”*²²¹

²¹⁷ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 279-A, párrs. 27 y sigs., págs. 13 a 16.

²¹⁸ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 132, párrs. 64, pág. 29.

²¹⁹ TEDH, *Deweerd case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 35, párr. 49, pág. 25.

²²⁰ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-93, pág. 207.

²²¹ Informe de la Comisión Americana de Derechos Humanos 5/96, caso No. 10.970, Perú, IAYHR 1996, vol. I, págs. 1120 y sigs.

iii) En el caso 11.006 (el Perú) la Comisión, siguiendo el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Campbell and Fell*, sostuvo que la determinación de si un tribunal es o no independiente del poder ejecutivo depende de la “*manera de nombramiento de sus miembros, la duración de su mandato [y] la existencia de garantías contra presiones del exterior [...]*”²²². Además, la Comisión declaró que “*la inamovilidad de los jueces [...] debe considerarse ... un corolario necesario de su independencia*”²²³.

En varios casos, la Comisión declaró que un tribunal militar especial no es un tribunal independiente e imparcial en la medida en que está subordinado al Ministerio de Defensa y, por lo tanto, al poder ejecutivo²²⁴.

iv) Según la Comisión, otro elemento del artículo 8 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el derecho general del acusado a tener *acceso a un tribunal*²²⁵.

v) El Tribunal insistió en un informe titulado “Garantías judiciales en estados de excepción” en que “*la lectura del artículo 8, juntamente con los artículos 7 6), 25 y 27 2) de la Convención lleva a la conclusión de que los principios de las garantías procesales no pueden suspenderse en estados de emergencia, en la medida en que son condiciones necesarias para que los procedimientos instituidos por la Convención puedan considerarse garantías judiciales. Este resultado es aún más evidente por lo que respecta a los recursos de habeas corpus y amparo, que son indispensables para la protección de los derechos humanos inderogables*”²²⁶.

El Tribunal destacó también que “*el concepto de garantías procesales*” en el artículo 8 “*debe interpretarse en el sentido de ser aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales mencionadas en la Convención Interamericana*”, incluso en los casos en que se han derogado legítimamente algunos derechos previstos en el artículo 27 de la Convención²²⁷.

3) Significado de “garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”

Las garantías judiciales que deben ofrecerse según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra sólo se describen con la fórmula “*reconocidos como indispensables por los pueblos civilizados*”, que se ha sustituido en el estatuto por la fórmula “*generalmente reconocidas como indispensables*”.

El comentario al artículo 3 sólo declara en términos muy generales que:

“*Las sentencias y ejecuciones sin juicio previo se prestan demasiado a error. 'La justicia sumaria' puede ser eficaz por el temor que inspira —aunque esto queda todavía por demostrar — pero añade demasiadas víctimas inocentes a todas las demás víctimas inocentes del conflicto. Todas las naciones civilizadas rodean la*

²²² Informe de la Comisión Americana de Derechos Humanos 1/95, IAYHR, 1995, págs. 278 y sigs.

²²³ Ibíd.

²²⁴ Informe 27/94 de la Comisión Americana de Derechos Humanos, caso No. 11.084, el Perú IAYHR, 1994, vol. 1, pág. 518.

²²⁵ Informe 28/92 de la Comisión Americana de Derechos Humanos, casos Nos. 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309 y 10.311, la Argentina (1992); Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1992, vol. 1, págs. 740 y sigs.

²²⁶ Comisión Americana de Derechos Humanos, Opinión consultiva No. 9, serie A, No. 9 (1987), Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1988, párr. 30, págs. 904 y sigs.

²²⁷ Comisión Americana de Derechos Humanos, Opinión consultiva No. 9, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie A, No. 9 (1987), párr. 29, 9 HRLJ pág. 209.

administración de justicia de salvaguardas destinadas a eliminar la posibilidad de errores. La Convención ha proclamado con razón que es esencial hacerlo incluso en tiempos de guerra [...] lo único que se pretende prohibir es la justicia sumaria. Esta disposición no ofrece inmunidad de ningún tipo a nadie. No hay nada en ella que impida que una persona a la que se presume culpable sea detenida para que no esté en condiciones de hacer ningún daño; y deja intacto el derecho del Estado a enjuiciar, condenar y castigar según la ley.”

Como se ha señalado antes, para determinar las garantías judiciales necesarias generalmente reconocidas, las garantías judiciales concretas del artículo 6 del Protocolo Adicional II pueden servir de base para la interpretación. Como indica la expresión “en particular”, en el encabezamiento de la lista, se trata sólo de una relación, “que simplemente enumera las normas universalmente reconocidas”²²⁸. La disposición menciona las siguientes garantías judiciales esenciales.

“a) El procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;

b) Nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

c) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;

d) Toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

e) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

f) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.”

La mayoría de las garantías enumeradas en los apartados a) a f) del párrafo 2 del artículo 6 figuran en los instrumentos internacionales regionales sobre derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, en cada uno de estos instrumentos de derechos humanos hay una cláusula que permite derogaciones a los artículos en cuestión en momentos de emergencia, pero únicamente en la medida indispensable y siempre que estas derogaciones no sean incompatibles con otras exigencias del derecho internacional. **El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 6 del Protocolo Adicional II no admiten ninguna posibilidad de derogación o suspensión** y, por consecuencia, estas disposiciones son las que desempeñarán un papel decisivo en caso de conflicto armado.

Como las disposiciones de todos estos instrumentos son más o menos equivalentes²²⁹, las garantías judiciales de los instrumentos de derechos humanos y su interpretación pueden servir de herramienta adicional para la interpretación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. También se presentará jurisprudencia sobre derechos humanos

²²⁸ Junod, en: *Commentary on the AP*, art. 6, No. 4601, pág. 1398.

²²⁹ Pilloud/Pictet, en: *Commentary on the AP*, art. 75, No. 3092, págs. 880 y sigs.

si contiene conclusiones de carácter general en que se describa el contenido de estos derechos.

- a. **Garantías judiciales indispensables enumeradas en el artículo 6 del Protocolo adicional II**
- i. **El procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios (artículo 6 2) a) del PA II)**

Por otra parte, esta norma pone de relieve que el acusado debe ser informado lo más rápidamente posible de los detalles del delito del que se le acusa, y de sus derechos. Los artículos 14, 3) a) del PIDCP, 6 3) a) de La CEDH y 8 2) b) de la CADH²³⁰ establecen el mismo principio²³¹. Por otra parte, el acusado debe estar en condiciones de ejercer ciertos derechos así como del derecho de defensa “antes del proceso y durante el proceso”, es decir, en todas las fases del procedimiento²³². Por lo que respecta a estos últimos derechos, la legislación sobre derechos humanos puede servir de indicación respecto de lo que constituyen garantías judiciales esenciales antes del proceso sobre la cuestión de fondo y sobre los “derechos y medios de defensa necesarios”.

²³⁰ Esencialmente se garantiza el mismo derecho en la fase previa al proceso, véase: Art. 9 2) del PIDCP:

“Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.”

Art. 5 2) de la CEDH:

“Toda persona presa debe ser informada en el plazo más corto, y en un idioma que comprenda, de las razones de su prisión y de cualquier acusación que exista contra ella.”

Art. 7 4) de la CADH:

“Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora del cargo o cargos formulados contra ella.”

Estas garantías en la fase previa al proceso duplican en cierta medida las garantías procesales.

²³¹ Según un comentarista del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a ser informado “sin demora” implica que la información debe facilitarse al presentar los cargos o inmediatamente después, al abrirse la instrucción judicial o al fijar alguna otra audiencia que dé lugar a una clara sospecha oficial contra una persona concreta, Nowak, *ICCPR Commentary*, 1993, pág. 255; véase también *P. Kelly contra Jamaica*, 1991, Comunicación No. 253/1987, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, A/46/40, pág. 247. Los instrumentos de derechos humanos añaden el elemento de que la persona interesada debe ser informada “en un idioma que comprenda claramente” (véase por ejemplo Convención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *X contra Austria*, caso E 6185/73 (COM), *Decisiones e Informes*, vol. 2, pág. 70 y sigs: La información debe facilitarse en un lenguaje comprensible; esto exige una traducción de los documentos que den lugar a la apertura del procedimiento, pero no de todo el expediente. Véase también *B. S. Harward contra Noruega*, 1993, Comunicación No. 451/1991, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas* A/49/40, pág. 154; Nowak, *ibid.*, págs. 255 y sigs.).

²³² En el comentario del CICR se mencionan los siguientes ejemplos: “El derecho a ser oído y en caso necesario el derecho a recabar los servicios de un intérprete, el derecho a llamar testigos de descargo y presentar pruebas; estos son los derechos y medios esenciales de defensa”, Junod, en: *Commentary on the AP*, Art. 6, No. 4602, pág. 1398.

Garantías judiciales concretas antes del proceso sobre el fondo del asunto

El artículo 9 del PIDCP, el Artículo 5 de la CEDH y el artículo 7 de la CADH contienen garantías judiciales esenciales en la fase previa al proceso. Las garantías más importantes en el contexto de un conflicto armado no internacional son las siguientes:

- *El derecho a ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*

Esta garantía está recogida en el artículo 9(3) del PIDCP²³³, en el artículo 5(3) de la CEDH²³⁴ y en el artículo 7(5) de la CADH²³⁵.

Jurisprudencia de los órganos de derechos humanos:

Comité de Derechos Humanos:

- Según el Comité de Derechos Humanos, la demora a llevar al acusado ante el juez de conformidad con el artículo 9(3) no debe exceder de unos pocos días²³⁶.
- En el caso No. 373/1989, una demora de ocho días se consideró incompatible con esta garantía²³⁷; en el caso No. 1597/1994, una demora de más de siete días²³⁸.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- La Comisión tiende a un límite de cuatro días, el Tribunal a un límite de tres días²³⁹.

²³³ “*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”. (La bastardilla añadida). El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad se examina en otra sección más adelante.

²³⁴ “*Toda persona detenida o presa en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo debe ser conducida inmediatamente ante el juez o ante otro magistrado habilitado por la ley para ejercer las funciones judiciales y tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o puesta en libertad durante el procedimiento*”. (La bastardilla añadida). El derecho a ser juzgado en un plazo razonable se examina en otra sección más adelante.

²³⁵ “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”. (La bastardilla añadida). El derecho a ser juzgado en un plazo razonable se examina en otra sección más adelante.

²³⁶ Comité de Derechos Humanos, Comentario General 8, art. 9, A/37/40, anexo V, párr. 2, pág. 98.

²³⁷ *Stephens contra Jamaica*, Comunicación No. 373/1989, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/51/40*, pág. 9.

²³⁸ *P. Grant contra Jamaica*, Comunicación No. 597/1994, Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/51/40*, pág. 212.

²³⁹ Véase Frowein/Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention*, págs. 123 y 124; para jurisprudencia concreta véase por ejemplo TEDH, *Brogan case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 145-B, párrs. 58 y sigs., págs. 32 y sigs. [de 4 días y 6 horas a 6 días y 16 horas]; TEDH, *De Jong case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 77, párrs. 57 y sigs., págs. 25 y sigs. [6, 7 y 11 días] — en ambos casos se consideró que se violaba la Convención. Véase también TEDH, *Branigan y McBride v. United kingdom*. Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 258-B, 1992, párrs. 36 y sigs., págs. 47 y sigs. (6 días y 14 horas 30 minutos), 4 días y 6 horas 25 minutos], con respecto a las suspensiones permisibles y a las correspondientes garantías.

- El acusado debe ser llevado ante un juez o a otro oficial autorizado para ejercer funciones judiciales, es decir que sea independiente del poder ejecutivo y de las partes²⁴⁰.
- La función del oficial judicial debe ser “*examinar las circunstancias que militan en favor y en contra de la detención, decidir, con referencia a criterios legales, si hay razones que justifiquen la detención y ordenar la puesta en libertad si no existen estas razones*”²⁴¹.
- *El derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad*

Esta garantía se recoge en los artículos 9(4) del PIDCP²⁴², 5(4) de la CEDH²⁴³, 7(6) CADH²⁴⁴ y Principio 11 de la resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988 (anexo).

Jurisprudencia de los órganos de Derechos Humanos:

Comité de Derechos Humanos

- En la comunicación 330/1998 (*Albert Berry contra Jamaica*) el Comité consideró que el período de dos meses y medio en que el detenido no tuvo la posibilidad de obtener por su propia iniciativa una decisión de un tribunal sobre la legalidad de su detención, constituía una violación del artículo 9(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴⁵.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- En el caso *De Jong*, se afirmó que períodos de 6, 7 y 11 días eran incompatibles con el artículo 5(4) de la Convención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exige que el tribunal “*se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención*”²⁴⁶.

²⁴⁰ TEDH, *Schiesser case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decision, vol. 34, parr. 31, págs. 13 y sigs.; TEDH, *De Jong case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 77, párrs. 47 y sigs.

²⁴¹ TEDH, *Schiesser case*, ibid., parr. 31, pág. 14.

²⁴² “*Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. [...].*”

²⁴³ “*Toda persona privada de su libertad mediante prisión o detención podrá recurrir ante un tribunal que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal. [...].*”

²⁴⁴ “*Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada en su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. [...].*” (La bastardilla añadida).

²⁴⁵ Comunicación No. 283/1988, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General A/49/40*, parr. 11.1, págs. 28 y 29.

²⁴⁶ TEDH, *De Jones case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 77, parr. 58, pág. 27.

- El acusado debe poder impugnar todas las condiciones formales y materiales de su encarcelamiento²⁴⁷.
- Para tener carácter judicial, un órgano debe ser independiente tanto del poder ejecutivo como de las partes en el caso²⁴⁸.
- El Tribunal debe tener autoridad para decidir la puesta en libertad de la persona.²⁴⁹
- El Tribunal debe funcionar de conformidad con las garantías procesales²⁵⁰, tales como:
 - a) Audiencia²⁵¹;
 - b) Asistencia letrada²⁵²;
 - c) Juicio contradictorio²⁵³;
 - d) Tiempo y facilidades para preparar la solicitud²⁵⁴.
- Demora en las actuaciones — la noción de “rápidamente”²⁵⁵: debe tenerse en cuenta la diligencia de las autoridades nacionales y las demoras provocadas por el

²⁴⁷ Véase *Frowein/Peukert, Europäische MenschenRechtsKonvention*, pág. 141.

²⁴⁸ TEDH, *De Wilde and others case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 12, pág. 41, párr. 47.

²⁴⁹ TEDH, *X v. UK case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 46, párrs. 58 y sigs., págs. 25 y sigs.; TEDH, *Van Droogenbroeck case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 50, párr. 49, págs. 26 y sigs.

²⁵⁰ Véase TEDH, *De Wilde case and others*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 12, párr. 76 y sigs., págs. 41 y sigs.; véase también TEDH, *Ireland v. United kingdom*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 25, 1978, párrs. 84 y 200, págs. 41, 76 y 77 (en particular el detenido “*no tenía derecho según la ley a comparecer o estar representado legalmente ante [el Comité] para verificar los motivos del internamiento, interrogar a testigos de cargo o presentar sus propios testigos*”).

²⁵¹ TEDH, *Sánchez-Reisse case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 107, párr. 51, pág. 19 (posibles excepciones); TEDH, *Hussain V. United Kingdom case*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-I No. 4, párrs. 59 y sigs., pág. 271; TEDH, *Singh v. United Kingdom case*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-I, No. 4, págs. 296 y sigs.

²⁵² TEDH, *Mondefo case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 141-B, (COM), párrs. 85 y sigs., págs. 41 y sigs.; TEDH, *Bonamar case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 129, párr. 60, pág. 24 [menores]; TEDH, *Megyeri v. Alemania case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 237-A, párr. 23, pág. 12 [enfermo mental].

²⁵³ TEDH *Toth case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 224, párr. 84, pág. 23; TEDH, *Lamy case*, Publications of the European Court of Humans Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 151, párr. 29, pág. 17; TEDH, *Hussain v. United Kingdom case*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-I, No. 4, párr. 59 y sigs., pág. 271; TEDH, *Singh v. United Kingdom case*, Reports of Judgments and Decisions, 1996-I, No. 4, págs. 296 y sigs.

²⁵⁴ TEDH, *K v. Austria case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 255-B (COM), párr. 64, pág. 41; TEDH, *Farmakopoulos case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 235-A, (COM), párr. 53, pág. 15.

²⁵⁵ Véase *Frowein/Peukert*, págs. 142 a 145; *Harris y otros*, págs. 155 a 158.

comportamiento del detenido, así como otros factores que den lugar a retrasos no atribuibles a los órganos del Estado²⁵⁶.

Sistema Interamericano:

El Tribunal sostuvo en una opinión consultiva sobre el hábeas corpus en situaciones de emergencia que los recursos esenciales para impugnar la legalidad de la detención (recursos de hábeas corpus y amparo) no pueden suspenderse en situaciones de emergencia de manera que impidan ser invocados para proteger un derecho inderogable²⁵⁷. El Tribunal concluyó que

*“ [...] el recurso de hábeas corpus desempeña un papel esencial para garantizar el respeto de la vida y la integridad física de una persona, impedir su desaparición o que se mantenga secreto su paradero y protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.”*²⁵⁸

Derechos y medios para la defensa

El artículo 14 3) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 6 3) de la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) y el artículo 8 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) enumeran ciertas garantías mínimas que no se mencionan expresamente en el artículo 6 2) del PA II, pero evidentemente forman parte de este requisito:

- *“Dispone del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”*; art. 14 3) b) PIDCP, art. 6 3) b) CEDH (esta disposición no enuncia el derecho de comunicarse con el abogado que se elija), art. 8 2) c) d) CADH

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Comité de Derechos Humanos

- El derecho se aplica no sólo a los acusados sino también a su abogado defensor y es aplicable en todas las etapas del proceso²⁵⁹. Lo que se entienda por tiempo suficiente dependerá de las circunstancias y la complejidad de la causa²⁶⁰. Por “facilidades” se entiende que el acusado o su abogado defensor tengan acceso a los

²⁵⁶ TEDH, *Sánchez-Reisse case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 107, pár. 56, págs. 20 y 21 (en este caso, las demoras de 31 y 46 días se consideraron excesivas); TEDH, *Navarra case*, Publications of the European Court of Human Rights, Serie A: Judgments and Decisions, vol. 273-B, pár. 29, págs. 28 y 29 (demora del acusado en la presentación de recursos). En cuanto a ejemplos de demoras en casos concretos, véase Harris y otros, pág. 157; TEDH, *Kolompar case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 235-C, párrs. 42 y 43, págs. 56 y 57: demora provocada por el comportamiento dilatorio del acusado.

²⁵⁷ El recurso de *habeas corpus* en situaciones de emergencia (Opinión consultiva), Serie A, No. 8, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1987, pár. 42 pág. 770; véase también Garantías judiciales en situaciones de emergencia (Opinión consultiva): Serie A, No. 9, y Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1988, párrs. 24 y sigs., págs. 903 y sigs.

²⁵⁸ El recurso de *habeas corpus* en situaciones de emergencia (Opinión consultiva), Serie A, No. 8 I Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1987, pár. 36, pág. 767.

²⁵⁹ Nowak, ICCPR Commentary, 1993, pág. 256 con referencias.

²⁶⁰ A. Little c. Jamaica, Comunicación No. 283/1998, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, A/47/40, párrs. 8.3 y 8.4.

documentos, archivos, etc., necesarios para preparar la defensa. En todo caso, ello no da derecho a recibir copias de todos los documentos pertinentes²⁶¹.

- El derecho del acusado a comunicarse con el abogado que elija rige únicamente para la preparación de la defensa y tiene particular pertinencia cuando se trata de una persona sometida a detención preventiva. Las infracciones típicas de este derecho corresponden a la incomunicación de detenidos²⁶² o a la designación de oficio de un abogado defensor contra la voluntad del acusado²⁶³.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- La circunstancia de que el tiempo sea suficiente²⁶⁴ dependerá de la complejidad de la causa²⁶⁵, del volumen de trabajo del abogado defensor²⁶⁶, de la etapa en que se encuentre el proceso²⁶⁷ o de la decisión del acusado de proceder a su propia defensa²⁶⁸.
- En la causa *Can v. Austria*²⁶⁹ se dijo que el derecho del acusado a facilidades suficientes consistía en que tuviera “ocasión de organizar su defensa en forma adecuada y sin restricciones en cuanto a la posibilidad de someter al tribunal todos los argumentos pertinentes en su defensa”. Incluye el derecho del acusado de comunicarse con sus abogados durante la etapa prejudicial y, después, en la medida que sea necesario para preparar su defensa²⁷⁰. El acusado debe estar en condiciones de consultar verbalmente y por escrito con su abogado y ambos deben estar en condiciones de proceder a la defensa en la manera que consideren con sujeción a

²⁶¹ *O. F. v. Noruega*, Comunicación No. 158/1983, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, A/40/40, párr. 5.5.

²⁶² *Wight c. Madagascar*, Comunicación No. 115/1982, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, A/40/40, párr. 17; *Pietroroia c. Uruguay*, Comunicación No. 44/1979, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, A/36/40, párr. 17; *Drescher Caldas c. Uruguay*, Comunicación No. 43/1979, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, A/38/40, párr. 14; *La Fuente Penarrieta c. Bolivia*, Comunicación No. 176, 1984, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General* A/43/40, párr. 16.

²⁶³ *S. Rubén López Burgos c. Uruguay*, Comunicación No. 52/1979, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas *Documentos Oficiales de la Asamblea General* A/36/40, párr. 13, *L. Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Comunicación 56/1979, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General* A/36/40, párr. 11, *M. A. Estrella c. Uruguay*, Comunicación No. 74/1980, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Documentos Oficiales de la Asamblea General* A/38/40, párr. 10.

²⁶⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostenía que, con arreglo a la Convención europea, la garantía comenzaba a regir en el momento en que una persona era objeto de un cargo penal, esto es, desde el momento en que era detenido o “afectado sustancialmente por cualquier otro concepto”, TEDH, *Corigliano v. Italia*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 57, 1982, párr. 34, pág. 13.

²⁶⁵ TEDH, *Albert and Le Compte case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 58, párr. 41, págs. 20 y 21.

²⁶⁶ TEDH, *X y Y v. Austria*, case no. 7904/77 (COM), Decisions of the European Commission of Human Rights, vol. 15, pág. 163.

²⁶⁷ TEDH, *Huber case*, case no. 5523/72 (COM), Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights vol. 46, pág. 99.

²⁶⁸ TEDH, *X v. Austria*, case no. 2370/64 (COM), Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights, vol. 22, pág. 96.

²⁶⁹ Publications of the European Court of Human Rights, series A. vol. 96, 1985, Com Rep, párr. 53, pág. 17.

²⁷⁰ TEDH, *Campbell and Fell v. UK*, Publications of the European Court of Human Rights, Series: Judgments and Decisions vol. 80, 1984, párrs. 111 a 113, pág. 49; *Goddi v. Italy*, ibíd., vol. 76, 1984, párrs. 27 a 32, págs. 11 a 13.

las normas procesales vigentes²⁷¹. El detenido debe ser autorizado para reunirse con su abogado sin que los escuchen funcionarios de prisiones u otros funcionarios a fin de transmitir instrucciones o comunicar o recibir información confidencial sobre la preparación de la defensa (pueden imponerse restricciones a las visitas de abogados si se justifiquen las por razones de interés público)²⁷². Como mínimo, el abogado debe estar en condiciones de consultar los documentos que constituyen el expediente con sujeción a ciertas excepciones (secretos, seguridad, etc.)²⁷³.

En el sistema interamericano

- Tiempo suficiente: en la causa 10.198 (Nicaragua), la Comisión llegó a la conclusión, en vista del corto tiempo en que el acusado había sido detenido, enjuiciado y condenado, de que no había contado con el tiempo ni con los medios suficientes para preparar su defensa²⁷⁴.
- “*... a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarla*”, art. 14 3) d) PIDCP, art. 6 3) c) CEDH²⁷⁵, art. 8 2) d) e) CABH²⁷⁶, art. 7 1) c) Carta Africana²⁷⁷

Esta garantía puede dividirse en una lista de derechos separados:

- Defenderse por sí mismo,
- Elegir el propio abogado,
- Ser informado del derecho a asistencia letrada, y
- Contar con asistencia letrada gratuita si fuere necesario.

Jurisprudencia de los órganos de derechos humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Según el Tribunal Europeo, esta garantía se aplica tanto en la etapa prejudicial como en el curso del proceso²⁷⁸. La garantía obedece al propósito de cerciorarse de

²⁷¹ TEDH, *Can v. Austria*, Publications of the European Court of Human Rights, Series: Judgments and Decisions, vol. 96, 1985, párr. 53, pág. 17.

²⁷² TEDH, *Can v. Austria*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 96, 1985, párrs. 51 a 52, págs. 16 y sigs. (Opinion of the Court); TEDH, *Campbell and Fell v. UK*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 80, 1984, párr. 113, pág. 49.

²⁷³ TEDH, *Kamasinski case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 168, párrs. 87 y sigs. En cuanto a las excepciones véase por ejemplo TEDH, *Haase case*, B 7412/76 (COM), Decisions and Reports vol. 11, págs. 91 y 92.

²⁷⁴ Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1989, pág. 348 (seis semanas).

²⁷⁵ “*defenderse él mismo o tener la asistencia de su defensor elegido por él y, si no tiene los medios para remunerar un defensor, a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio siempre que lo exijan los intereses de la justicia*”.

²⁷⁶ “*d) el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con éste;*
e) el derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

²⁷⁷ “*el derecho de defenderse, incluido el derecho de ser asistido por un abogado de su elección*”.

²⁷⁸ ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 275, párr. 36, pág. 13; *Quaranta v. Switzerland*, ibíd, vol. 205, 1991, párr. 67, págs. 25 y sigs. (Commission); Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European

que no se sustancie un proceso “sin que la defensa pueda hacer valer en forma adecuada sus argumentos”²⁷⁹. Desde el punto de vista de la igualdad de condiciones, se trata “primordialmente de dejar al acusado en condiciones de defenderse de manera tal que no quede en desventaja respecto de la parte acusadora”²⁸⁰. El derecho del acusado a defenderse a sí mismo no se ha interpretado en el sentido de que tenga absoluta libertad de elección²⁸¹.

Sistema Interamericano

- “En la opinión consultiva sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos” se pueden encontrar algunas indicaciones acerca del alcance del artículo 8 2) d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1990)²⁸². En esta opinión consultiva se señala, entre otras cosas, que “*los apartados d) y e) del artículo 8 2) indican que el imputado tiene el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y, si optare por no hacerlo, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según disponga la legislación interna ...*”
- “*A ser juzgada sin dilaciones indebidas*”, art. 14 3) c) PIDCP, arts. 6 1) CEDH, 8 1) CADH y 7 1) d) Carta Africana (“en un plazo razonable”).

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Comité de Derechos Humanos

- Pasando revista a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, únicamente cabe llegar a la conclusión de que lo que ha de entenderse por tiempo razonable (o dilación indebida) dependerá de las circunstancias y la complejidad de la causa. En el comentario general del Comité sobre el artículo 14 se explica que “*esta garantía se refiere no sólo al momento en que debe comenzar el juicio, sino también a aquel en que debe terminar y se debe dictar sentencia; todas las etapas deben tener lugar sin ‘dilación indebida’*”²⁸³.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- El Tribunal y la Comisión han afirmado que el carácter razonable de la longitud del proceso debe evaluarse a la luz de las circunstancias de la causa, teniendo en cuenta su complejidad, la conducta de las partes y las autoridades que conocen en ella²⁸⁴. “*Según el artículo 6, el procedimiento judicial debe ser expedito, pero*

²⁷⁹ Convention on Human Rights, 1995, pág. 256.

²⁸⁰ ECHR, *Pakelli v. FRG*, Publications of the European Court of Human Rights, Series B: Judgments and Decisions vol. 53, 1983, Com Rep, párr. 84, pág. 26.

²⁸¹ ECHR, *X v. FRG* No. 10098/82, 8 E.H.R.R. 1984, pág. 225.

²⁸² Véase Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 1995, pág. 258, con referencia.

²⁸³ Corte Interamericana del Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, No. 11, 1992, párrs. 25 y sigs.

²⁸⁴ Citado en De Zayas en Weissbrodt/Wolfrum (eds.), The Rights to a Fair Trial, 1998, párr. 684. Según un comentarista, el plazo comienza a correr cuando se informa al sospechoso de que las autoridades están tomando medidas concretas para someterlo a juicio. El plazo vence en la fecha de la decisión definitiva, esto es, la sentencia definitiva y ejecutoriada o el sobreseimiento de la causa, Nowak, ICCPR Commentary, 1993, pág. 257.

²⁸⁵ ECHR, *Scopelletti v. Italy*, 17 E.H.R.R. 1993, pág. 453; *Olson v. Sweden* (No. 2), 17 E.H.R.R. 1992, pág. 134; *König v. Federal Republic of Germany*, 2 E.H.R.R. 1978, pág. 170; *App. No. 9604/81 v. Germany*, 5 E.H.R.R. 1983, pág. 587.

también se enuncia el principio más general de la debida administración de justicia”²⁸⁵.

²⁸⁵ ECHR, *Boddaert v. Belgium*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 235-D, 1992, párr. 39, págs. 82 y sigs.

Sistema interamericano

- En cuanto al derecho a una vista dentro de un plazo razonable, la Comisión se limitó a observar que había una serie de factores que podían determinar la longitud de un proceso, entre ellos, “*la complejidad de la causa, la conducta del acusado y la diligencia de las autoridades competentes para sustanciar la causa*”²⁸⁶.

Nota: Además del derecho del detenido a que se le haga comparecer prontamente ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, los artículos 9 (3) del PIDCP²⁸⁷, 5 (3) de la CEDH²⁸⁸ y 7 (5) de la CABH²⁸⁹ enuncian también el derecho de quien está sometido a detención preventiva a ser procesado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad si no se puede sustanciar el proceso dentro de un plazo razonable.

El TEDH llegó a la conclusión de que:

- La duración razonable de la detención preventiva dependía de las circunstancias del caso y, en particular, de la dificultad de las investigaciones, la conducta del acusado y la forma en que las autoridades nacionales tramitaban la causa.²⁹⁰

²⁸⁶ CADH, Informe 12/96, caso 11.245, Argentina, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1996, vol. 1, párrs. 111 y sigs., pág. 278.

²⁸⁷ “*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.

²⁸⁸ “*Toda persona detenida o presa en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo ... tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá ser subordinada a una garantía que asegure la comparecencia en el juicio*”.

²⁸⁹ “*Toda persona detenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad, podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*”

²⁹⁰ Véase TEDH, causa *Wernhoff*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 7, párr. 17, pág. 26 [complejidad de la causa]; TEDH causa *Matzenetter*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 10, párr. 12, págs. 34 y sigs. [complejidad excepcional de la causa]; TEDH, causa *Stögmüller*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 9, párr. 16, pág. 44 [duración excesiva en razón de la lentitud del proceso sin razón suficiente para ella]; causa *Tomasi v. France*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 241-A, párrs. 102 y sigs., pág. 39. De no poder procederse al juicio en un plazo razonable, el acusado tiene derecho a ser puesto en libertad (bajo fianza) la libertad bajo fianza puede denegarse por razones concretas:

- Peligro de fuga TEDH (causa *Stögmüller*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 9, pág. 44).
- Injerencia en la administración de justicia (ECHR, *Wernhoff* case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 7, pág. 25).
- Prevención del delito (ECHR, *Matzenetter* case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 10, pág. 33).
- Preservación del orden público (ECHR, *Letellier* case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 207, párr. 51, pág. 21; ECHR, *Kemmache* case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 218, párr. 52, pág. 25 [reacción de la sociedad ante un crimen particularmente grave]).

En el sistema interamericano, la Comisión confirmó la jurisprudencia del TEDH²⁹¹. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 9(3) del PIDCP en el sentido de que la detención preventiva debe ser lo más breve posible²⁹².

- “*A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*”, art. 14(3)e) PIDCP, art. 6(3)d) TEDH (casi a la letra), art. 8(2)f) CADH²⁹³, véase también el art. 75(4)g) del PA I.

Esta garantía puede dividirse en dos derechos distintos:

- El derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo,
- El derecho a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Como se señala en el comentario del CICR al artículo 75 del PA I, “*es evidente que la posibilidad de interrogar testigos constituye un requisito esencial para una defensa eficaz*”²⁹⁴.

Según comentaristas de los instrumentos de derechos humanos, “*el derecho a hacer comparecer testigos, obtener su comparecencia e interrogarlos en las mismas condiciones que la parte acusadora constituye un elemento esencial del principio de la igualdad de condiciones y, por lo tanto, del de un proceso justo*”²⁹⁵.

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Según el Tribunal, “*ese derecho significa en principio que todas las partes en un proceso penal deben tener la posibilidad de tomar conocimiento de todas las pruebas presentadas o las observaciones formuladas y hacer sus observaciones al respecto ... a fin de influir en la decisión del tribunal*”²⁹⁶.
- Este derecho es aplicable al acusado y no lo es generalmente en la etapa prejudicial²⁹⁷. Ni el derecho del acusado a contrainterrogar testigos ni su derecho a hacer comparecer testigos de descargo es absoluto²⁹⁸. Sin embargo, los límites que

²⁹¹ Véase CADH, resolución 17/89, caso 10.037, Argentina, y Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1989, pág. 94; CADH, informe 12/96, caso 11.245, Argentina, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1996, vol. 1, págs. 258 y 264 y sigs. La Comisión señaló, entre otras cosas, que la detención preventiva era una medida excepcional que se podía justificar únicamente por razones estrictas como el peligro de evasión, la gravedad del crimen, la posible gravedad de la sentencia, la obstaculización de las investigaciones preliminares, al destruir pruebas, por ejemplo, o el riesgo de reincidencia en los delitos.

²⁹² Véase Grothe, en: Weissbrodt/Wolfrum (eds.), *The Right to a Fair Trial*, 1998, pág. 709, con referencias.

²⁹³ “*El derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.*”

²⁹⁴ Pilloud/Pictet, en: *Commentary on the AP*, art. 75, No. 3115, pág. 884.

²⁹⁵ Nowak, *ICCPR Commentary*, 1993, pág. 261, con otras referencias.

²⁹⁶ TEDH, *J. J. v. The Netherlands*, 1998, *Reports of Judgments and Decisions*, 1998-II, No. 68, párr. 43, pág. 613.

²⁹⁷ TEDH, *Can v. Austria*, *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A: Judgments and Decisions vol. 96, 1985, Com Rep, párr. 47; TEDH, *Adolf v. Austria*, *Publications of the European Court of Human Rights*, Series B: Judgments and Decisions vol. 43, 1980, Com Rep, párr. 64, pág. 29.

²⁹⁸ TEDH, *Engel v. Netherlands*, *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A: Judgments and Decisions vol. 22, 1976, párr. 91, págs. 38 y sigs.

exista o se fijen deben ser compatibles con el principio de la igualdad de condiciones²⁹⁹.

- “*A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal ...*”, art.14 3) f) PIDCP, art. 6 e) TEDH (casi a la letra), art. 8 2) a) CADH.

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Comité de Derechos Humanos

- El Comité explicó el alcance de este derecho en los términos siguientes:

*“La disposición relativa al empleo de un idioma oficial en los tribunales de los Estados Partes en el Pacto no ... infringe el artículo 14. El requisito de una audiencia justa tampoco obliga a los Estados partes a poner a disposición de la persona cuyo idioma materno no sea el oficial del tribunal los servicios de un intérprete, si esa persona es capaz de entender el idioma oficial y expresarse adecuadamente en él. Únicamente es obligatorio facilitar los servicios de un intérprete si el acusado o los testigos tienen dificultades para comprender el idioma del tribunal o expresarse en él”*³⁰⁰.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- La protección comienza a regir cuando se impute un delito³⁰¹. Comprende todos los procedimientos penales e incluye la traducción de documentos o pruebas orales que el acusado tenga necesariamente que comprender para que el proceso sea justo³⁰². No se trata de la traducción de todos los documentos del expediente³⁰³. La asistencia es gratuita en todos los casos, incluso en el de sentencia condenatoria³⁰⁴. No depende de los medios del acusado, que puede renunciar a este derecho³⁰⁵.

²⁹⁹ Ibíd. La obligación consiste en que haya igualdad de hecho y de derecho: TEDH, *Austria v. Italy*, Yearbook of the Convention on Human Rights vol 6, 1963, pág. 772 (Commission).

³⁰⁰ *Y. Cadoret y H. Le Bihan c. Francia*, 1991, Comunicaciones No. 221/1987 y 323/1988, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General A/46/40; *D. Guesdon c. Francia*, 1990, Comunicación No. 219/1986, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General A/45/40, pág. 67; *Barzhig c. Francia*, Comunicación No. 327/1988, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General A/46/40, párr. 5.5; *C.L.D. c. Francia*, Comunicación No. 439/1990, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/47/40, párr. 4.2, *Z. P. v. Canada*; Comunicación No. 341/1988, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General A/46/40, párr. 5.3, *C.E.A. c. Finlandia*, Comunicación No. 316/1988, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/46/40, párr. 6.2.

³⁰¹ Harris/O’Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, págs. 269 y sigs.

³⁰² TEDH, *Luedicke and others case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 29, párr. 48, pág. 20.

³⁰³ TEDH, *Kamasinski case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 168, párr. 74, pág. 35.

³⁰⁴ TEDH, *Luedicke and others case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 29, párr. 38 y sigs., pág. 6 y sigs.; párr. 46, pág. 19.

³⁰⁵ ECHR, *Kamasinski case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 168, párr. 80, pág. 37.

ii) Nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual (art. 6 2) b) PA II)

Respecto de esta garantía judicial, enunciada también en el artículo 75 4) b) del PA I, en el comentario del CICR se señala que:

*“En este apartado se enuncia el principio fundamental de la responsabilidad individual, cuyo corolario es que no puede haber responsabilidad penal colectiva por actos cometidos por uno o varios miembros de un grupo. Este principio está enunciado en todas las legislaciones nacionales y aparece ya en el artículo 33 del Cuarto Convenio, en que está redactado en forma más elegante en los términos siguientes: ‘Ninguna persona protegida podrá ser sancionada por una infracción que no haya cometido personalmente’ ... La redacción fue modificada a fin de tener en cuenta el requisito de la uniformidad entre los textos y los distintos idiomas y, en este caso concreto, con la terminología en inglés (‘responsabilidad penal individual’). El artículo 75 4) b) del Protocolo I enuncia el mismo principio.”*³⁰⁶

Esto no excluye naturalmente los casos de complicidad o instigación, que son delitos punibles por sí mismos y pueden dar lugar a sentencia condenatoria.

iii) Nadie será condenado por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (art. 6 2) c) PA II)

Además de prohibir que se aplique una pena más grave que la aplicable al momento de cometerse la infracción, en esta norma se enuncian dos aspectos del principio de que las normas de derecho penal no deben tener aplicación retroactiva: “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine lege*”. En el PA II se mantiene el texto del Pacto y esta solución fue adoptada en razón del interés en establecer en el Protocolo II garantías fundamentales para la protección de los seres humanos que fueran equivalentes a las reconocidas por el Pacto en las disposiciones cuya aplicación pueda suspenderse, siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. El artículo 15 del Pacto es uno de esos artículos³⁰⁷. Los mismos principios se enuncian también en el artículo 7 de la CEDH, el artículo 9 de la CADH y el artículo 7 2) de la Carta Africana. Según la CEDH y la CADH, esos principios no admiten excepción.

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

– En la causa *Kokkinakis c. Grecia*,

“El Tribunal señala que el artículo 7 1) de la Convención no se limita a prohibir la aplicación retrospectiva del derecho penal en perjuicio de un acusado. Enuncia también, más en general, el principio de que únicamente la ley puede tipificar un acto y disponer una pena (nullum crimen, nulla poena sine lege) y el principio de que el derecho penal no puede ser objeto de una interpretación lata en perjuicio del acusado, por analogía, por ejemplo; de ello se desprende que la infracción tiene que estar claramente definida en la ley y se cumple esta condición cuando la persona puede determinar, por la redacción de la disposición de que se trate o, de ser

³⁰⁶ Junod en *Commentary on the AP*, Art. 6, No. 4603, págs. 1398 y sigs.

³⁰⁷ Junod en *Commentary on the AP*, Art. 6, No. 4604, pág. 1399.

necesario, recurriendo a la interpretación que haya hecho el Tribunal de esa disposición, qué actos u omisiones le harán incurrir en responsabilidad.”³⁰⁸

iv. Toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (art. 6 2) d) PA II)

La presunción de inocencia, que se encuentra tácita en el artículo 67 del CG IV y está enunciada expresamente en el artículo 75 4) d) del PA I, se encuentra también en el artículo 14 2) del PIDCP, el artículo 6 2) de la CEDH, el artículo 8 2) de la CADH y el artículo 7 1) b) de la Carta Africana. Está ampliamente reconocido el principio jurídico de que no incumbe al acusado demostrar su inocencia sino al acusador demostrar la culpabilidad³⁰⁹. En caso de duda, el acusado debe ser declarado inocente de conformidad con el antiguo principio de *in dubio pro reo*³¹⁰.

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Sistema interamericano

– La Comisión señaló en el caso 10.970 (Perú): “*Por lo tanto, lo esencial es que el juez que conozca de la causa no tenga prejuicio alguno en cuanto a la culpabilidad del acusado y le conceda el beneficio de la duda, esto es, no lo condene hasta que esté seguro o convencido de su responsabilidad penal de manera de disipar cualquier duda razonable de que el acusado pueda ser inocente*”³¹¹. La duración excesiva de la detención preventiva puede constituir una infracción de la presunción de inocencia. “*La duración prolongada de la reclusión [...] en este caso más de cuatro años] sin sentencia condenatoria y con su consecuencia natural de una situación de sospecha indefinida y continua contra una persona, constituye una infracción del principio de la presunción de inocencia ... para substanciar la culpabilidad es preciso dictar una sentencia definitiva en que se determine la culpabilidad. Si con ese procedimiento no se imputa la culpabilidad en un período razonable y el Estado, sobre la base de la sospecha de culpabilidad, puede justificar que el acusado siga sometido a detención preventiva, básicamente lo que hace es reemplazar la sanción por la detención preventiva.*”³¹²

³⁰⁸ TEDH, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions vol. 260–A, 1993, párr. 53, pág. 22.

³⁰⁹ Pilloud/Pictet en Commentary on the AP, Art. 75, No. 3108, pág. 882; Nowak, ICCPR, Commentary, 1993, pág. 254.

³¹⁰ Nowak, *ibid.*

³¹¹ CADH, Informe 5/96, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1996, vol. 1, pág. 1196. Véase también CADH, Informe 27/94, Caso 11.084, Perú, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1994, vol. 1, págs. 510 y sigs.

³¹² CADH, Informe 12/96, Caso No. 11.245, Argentina, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1996, vol. 1, párrs. 113 y sigs., págs. 278 y sigs.

v. **Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada (art. 6 2) e) PA II**³¹³

En cuanto a la redacción del artículo 75 4) e) del PA I, enunciado en los mismos términos que el artículo 6 2) e) del PA II, el Relator del Tercer Comité señaló que quedaba entendido que la mala conducta persistente del acusado podía justificar su exclusión de la sala³¹⁴.

Según el comentario del CICR al PA:

“Este apartado no excluye la posibilidad de condenar al acusado en su ausencia si la legislación del Estado permite los fallos en rebeldía.

*En algunos países, las deliberaciones de los magistrados son públicas y tienen lugar ante el acusado; en otros, tienen lugar a puerta cerrada y únicamente se da a conocer el veredicto. Por último, hay países en que el secretario del tribunal, en ausencia de los magistrados, comunica al acusado la decisión. En este apartado no se prohíbe ninguna de estas prácticas; lo que importa es que el acusado esté presente en las vistas en que la parte acusadora haga sus alegatos, en que se escuchen los alegatos orales, etc. Además, el acusado debe estar en condiciones de escuchar a los testigos y peritos, de hacer preguntas, de formular sus objeciones o de proponer correcciones.”*³¹⁵

La norma reitera el principio enunciado en el artículo 14 3) d) del PIDCP. En el artículo 8 2) g) de la CADH se encuentra la misma garantía judicial.

Jurisprudencia de órganos de derechos humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- La sustanciación de un proceso penal sin que esté presente el acusado es incompatible con el artículo 6 y, en caso de juicio en rebeldía, el condenado debe tener la posibilidad de que se reabra el juicio³¹⁶.
- Las vistas en rebeldía están autorizadas si el Estado ha actuado con diligencia, pero sin resultado alguno, para notificar efectivamente la vista al acusado³¹⁷. Es dudoso que sea posible proceder a una nueva vista cuando el acusado ya ha renunciado a este derecho³¹⁸ o se ha evadido (en el procedimiento penal de diversos países de Europa no se concede este derecho).

³¹³ Este texto es el resultado de una propuesta en el Grupo de Trabajo de que empleara en el texto inglés la expresión “*everyone charged with an offence shall have the right to be tried in his presence*”. La propuesta no fue aprobada en inglés en esos términos porque varias delegaciones sostuvieron que podían dictarse sentencias en rebeldía. El derecho del acusado a estar presente en su juicio, enunciado en esta disposición, debe interpretarse como un derecho que el acusado puede o no ejercer, véase Junod en *Commentary on the AP*, Art. 6, No. 4609, pág. 1400.

³¹⁴ O.R. XV, pág. 462, CDDH/407/Rev.1, párr. 48.

³¹⁵ Pilloud/Pictet en *Commentary on the AP*, Art. 75, Nos. 3109 y sigs., pág. 883.

³¹⁶ TEDH, *Colozza case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 89, párr. 29, pág. 15.

³¹⁷ TEDH, *Colozza case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 89, párr. 28, págs. 14 y sigs. *F.C.B. v. Italy case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 208-B, pág. 21, párr. 33.

³¹⁸ TEDH, *Poitrimol case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 277-A, párr. 31, pág. 13.

- El acusado puede renunciar a este derecho manifestándolo en términos inequívocos y a condición de que haya salvaguardias mínimas en este contexto³¹⁹.

vi. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (art. 6 2) f) PA II

Esta norma reitera la del artículo 14 3) g) del PIDCP. El Comité de Derechos Humanos explicó que esta norma debía ser interpretada “en el sentido de que las autoridades investigadoras no podían ejercer presión física ni psicológica, directa o indirecta, sobre el acusado para obtener una confesión de culpabilidad”³²⁰. La misma garantía se encuentra en el artículo 8 3) de la CADH, cuyo texto es el siguiente: “la confesión de culpabilidad por el acusado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” y este texto debe leerse en relación con el artículo 8 2) g) (“el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”). Según la CEDH, esta garantía judicial se considera uno de los elementos del derecho a un proceso justo³²¹.

vii. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos (art. 6 3) del PA II

En el comentario del CICR, se justificaba esta norma en los términos siguientes:

*“Habida cuenta del estado actual de la legislación nacional de diversos países, no se consideraba realista enunciar el principio de que todos tienen derecho a apelar contra la sentencia dictada en su contra, esto es, garantizar la existencia de ese derecho como se preveía en el proyecto del CICR. Queda claro, sin embargo, que, de existir esos recursos, no sólo deberían todos tener derecho a información sobre ellos, y sobre los plazos dentro de los cuales deben ejercerlos, como se prevé expresamente en el texto, sino que, además, a nadie se debe negar el derecho a utilizarlos.”*³²²

³¹⁹ TEDH, *Poitrimol* case, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions vol. 277–A, párr. 31, págs. 13 y sigs.

³²⁰ *E. Johnson v. Jamaica*, 1996, Comunicación No. 88/1994, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/51/40, *A. Berry v. Jamaica*, 1994, Comunicación No. 330/1988, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/49/40, *P. Kelly v. Jamaica*, 1991, Comunicación No. 253/1987, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/46/40, *S. Rubén López Burgos*, Comunicación No. 52/1979, Informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/36/40, párrs. 11.5, 13, *M.A. Teti Izquierdo v. Uruguay*, Comunicación No. 73/1980, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/37/40, párr. 9, *M.A. Estrella v. Uruguay*, Comunicación No. 74/1980, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/38/40, párr. 10, *H. Conteris v. Uruguay*, Comunicación No. 139/1983, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/40/40, párr. 10, *R. Cariboni v. Uruguay*, Comunicación No. 159/1983, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/43/40, párr. 10.

³²¹ Por ejemplo, TEDH, *Funke v. France*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 256–A, 1993, párr. 44, pág. 22: “el derecho de toda persona a la que se impute un delito’... a guardar silencio y no contribuir a incriminarse”; TEDH, *Serves v. France*, Reports of Judgments and Decisions, 1997–VI, No. 53, párr. 47, pág. 2174.

³²² Junod, en Commentary on the AP, Art. 6, No. 4611, pág. 1400 y sigs.

Nota: El artículo 14 5)³²³, el artículo 8 2) h)³²⁴, el artículo 2 del séptimo Protocolo Adicional de la CEDH³²⁵ y el artículo 7 1) a) de la ACHPR³²⁶ enuncian el derecho a apelar.

b. Garantías judiciales indispensables derivadas de otras fuentes

Habida cuenta que el artículo 6 2) del PA II no contiene una lista taxativa, las disposiciones del CG y del PA I mencionados en la sección *Artículo 8 2) a) vi)–Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial* puede constituir otra indicación de garantías indispensables.

Las siguientes garantías, derivadas también de instrumentos de derechos humanos, no figuran expresamente en el artículo 6 del PA II

i. El derecho del acusado a que la sentencia sea pronunciada públicamente (art. 75 4) i) del PA I)

Según el comentario del CICR:

“Constituye un elemento esencial de la justicia el de que las sentencias sean pronunciadas públicamente. Naturalmente hay que establecer una clara distinción entre el procedimiento y la sentencia. En razón de las circunstancias y de la índole de la causa, puede ser necesario que algunas actuaciones se celebren a puerta cerrada, pero el fallo propiamente tal debe dictarse públicamente a menos que, como ha señalado el Relator, ello redunde en perjuicio del propio acusado, como podría ocurrir en el caso de un delincuente menor de edad.”³²⁷

En cuanto a las vistas orales a puerta cerrada, en el artículo 14 1) del PIDCP se encuentran algunas indicaciones claras.

“La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.”³²⁸

Según el PIDCP, el derecho a que la sentencia se dicte públicamente está sujeto a los intereses de los menores que son prioritarios³²⁹.

³²³ PIDCP “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

³²⁴ CADH “El derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

³²⁵ “Toda persona condenada de un delito por un tribunal tendrá derecho a que su condena o el fallo sean revisados por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, con inclusión de las causales por las cuales podrá ejercerse, estarán regidos por la ley”. Hay ciertas excepciones, véase el artículo 2 2).

³²⁶ “El derecho a apelar ante los órganos nacionales competentes en contra de actos que infrinjan sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las convenciones, las leyes, los reglamentos y los usos vigentes”.

³²⁷ Pilloud/Pictet en *Commentary on the AP*, Art. 75, No. 3118, pág. 884. Véase también Nowak, *ICCPR Commentary*, 1993, págs 248 y sigs.

³²⁸ Véase también el artículo 6 1) de la CEDH.

³²⁹ El art. 6 1) de la CEDH estipula a este respecto que:

“La sentencia debe ser hecha pública, pero el acceso a la sala de audiencia debe ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso, bien en interés de la moralidad, del orden público o de la sociedad nacional en una sociedad democrática, bien cuando lo exijan los intereses de los menores a la protección de la

ii. El principio de cosa juzgada (ne bis in idem)

Este principio está mencionado en el artículo 86 del CG III, el artículo 117 3) del CG IV, el artículo 75 4) h) del PA I y en instrumentos de derechos humanos (art. 14 7) del PIDCP³³⁰; art. 4 del Protocolo Adicional No. 7 de la CEDH³³¹, que no puede suspenderse, art. 4 3) y art. 8 4) de la CADH³³²). Refiriéndose a la cuestión de la *res judicata* en derecho internacional, la Fiscalía del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia³³³ siguió a Bing Cheng que, en su obra sobre los principios generales del derecho internacional, llegaba a la conclusión de que “*nadie parece poner en duda que la cosa juzgada constituye un principio general de derecho ni de que es aplicable en los procedimientos judiciales internacionales*”³³⁴. En el comentario del CICR sobre el Protocolo Adicional se indica que “*el respeto del principio de la cosa juzgada es uno*

esfera privada de las partes, bien, por último, y en la medida que el Tribunal considere estrictamente necesario, cuando en circunstancias especiales la publicidad sea perjudicial a los intereses de la justicia.”

El texto del artículo 8 5) de la CADH es el siguiente:

“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

³³⁰ “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”. En A.P. c. Italia, el Comité de Derechos Humanos llegó a la interpretación de que el principio de cosa juzgada no tenía efecto alguno en juicios sustanciados en otros Estados. Comunicación No. 204/1986, informe del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General A/43/40, párr. 7.3.

³³¹ “*Nadie puede ser juzgado o castigado nuevamente en procedimientos penales bajo la jurisdicción del mismo Estado por un delito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de conformidad con la ley y los procedimientos penales de ese Estado*”. En el artículo 4 2) del Protocolo Adicional No. 7 de la CEDH se indica que, en ciertas circunstancias extraordinarias, se puede abrir un nuevo proceso penal, incluso en detrimento de una persona absuelta o condenada.

³³² “*El acusado que haya sido sobreseído por sentencia ejecutoriada no será sometido a nuevo juicio por el mismo delito*”.

La Comisión analizó el sentido del principio en relación con la CADH en el caso 11.006, Perú, e indicó los elementos siguientes:

1. *El acusado debe haber sido sobreseído;*
2. *El sobreseimiento debe constar en una sentencia definitiva, y*
3. *El nuevo juicio debe basarse en la misma causal de juicio original”*

El concepto de acusado “sobreseído” implica que

“alguien, tras haber sido acusado de un delito, ha sido exonerado de responsabilidad penal porque había sido sobreseído, ya fuese porque se había demostrado su inocencia, porque no se había demostrado su culpa o porque se había determinado de que los actos de que era acusado no estaban tipificados como delitos.”

En el contexto de la expresión “sentencia ejecutoriada”, la expresión “sentencia”

“debe ser interpretada como cualquier acto de procedimiento de índole fundamentalmente jurisdiccional; la expresión ‘sentencia ejecutoriada’ debe entenderse en el sentido de expresar el ejercicio de la jurisdicción que le da el carácter inmutable e inimpugnable de cosa juzgada”, informe 1/95, Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1995, pág. 300.

³³³ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor Response to the Trial Chamber Request for a Brief on the Use of Cumulative Criminal Charges in Relation to a proposed “Substantive” Non Bis in Idem Principle in International Criminal Law, The Prosecutor v. Slavko Dokmanovic, IT-95-13a-T, pág. 18. La Fiscalía del Tribunal establece una distinción entre el principio procesal o formal tradicional de cosa juzgada y un principio “sustutivo” de cosa juzgada, que sería aplicable en una causa antes de que el Tribunal dirimiera definitivamente la cuestión de la culpa, particularmente con ocasión del primer juicio. Según la Fiscalía, este último principio no existe como principio general de derecho internacional.

³³⁴ Bin Cheng, General Principles of Law as Applied By International Courts and Tribunals, 1953, pág. 336.

de los principios básicos del procedimiento penal y es importante mantener su vigencia”³³⁵.

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber hasta la fecha jurisprudencia acerca del elemento de intencionalidad de este crimen.

³³⁵ Pilloud/Pictet en Commentary on the AP, Art. 75, No. 3117, pág. 884.

Anexo III

Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre los incisos v), vi), vii), viii), xi) y xii) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	117
Abreviaturas	118
Artículo 8, párrafo 2 e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional — Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional	119
Puntos generales comunes a los delitos tipificados en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional	119
Comentario	119
Comentarios sobre algunos crímenes concretos	120
Observaciones generales relativas a todos los crímenes	120
Artículo 8 2) e) v) — Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto	120
1. Resultados del estudio de las fuentes	120
2. Comentario	120
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	120
b) Fundamento jurídico	120
Artículo 8 2) e) vi) — Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra	121
1. Referencia en tratados al crimen de guerra	121
2. Formas tipificadas de conducta	122
a) Resultados del estudio de las fuentes	122
aa) Violación	122
bb) Esclavitud sexual	122
cc) Prostitución forzada	122
dd) Embarazo forzado, tal como se ha definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7	122
ee) Esterilización forzada	123
ff) Cualquier otra forma de violencia sexual que constituya además una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra	123

b) Comentario	123
Artículo 8 2) e) vii) —Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades	123
1. Resultados del estudio de las fuentes	123
2. Comentario	124
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	124
b) Fundamento jurídico	124
Artículo 8 2) e) viii) — Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas	124
1. Resultado del estudio de las fuentes	124
2. Comentario	125
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	125
b) Fundamento jurídico	127
aa) Observaciones relativas al elemento material	125
bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad	127
Artículo 8 2) e) xi) —Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud	127
1. Resultados del estudio de las fuentes	127
a) Mutilación física	127
b) Experimentos de médicos o científicos	127
2. Comentario	128
a) Referencia en tratados al crimen de guerra	128
b) Fundamento jurídico	128
Artículo 8 2) e) xii) —Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo	129
1. Resultados del estudio de las fuentes	129
2. Comentario	129

Introducción

En la Conferencia Diplomática sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, se decidió que la Comisión Preparatoria elaborase un proyecto de texto acerca de los elementos del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. A este respecto, el artículo 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula que “*los elementos de los crímenes que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 ..., serán aprobados por ... de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes*”. El presente documento obedece al propósito de ayudar a la Comisión Preparatoria a preparar el texto de los elementos de los crímenes enumerados en el párrafo 2 del artículo 8 y se limita a indicar las fuentes correspondientes y los resultados del estudio de esas fuentes. El documento no recoge decisión alguna adoptada en un período de sesión anterior de la Comisión Preparatoria. La parte IV se refiere exclusivamente a los crímenes de guerra expresamente enumerados en el artículo 8 2) e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El estudio de las fuentes consistió en el análisis y la investigación exhaustivos de la jurisprudencia aplicable y de los instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En cuanto a la jurisprudencia, se estudiaron causas sustanciadas en los procesos de Leipzig, en procesos sustanciados después de la segunda guerra mundial, entre ellos los de Nuremberg y los de Tokio, así como jurisprudencia nacional, y decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda. Se examinó la jurisprudencia nacional sobre crímenes de guerra que se pudiera consultar en alemán, francés o inglés. También se analizaron decisiones de órganos internacionales y regionales de derechos humanos a fin de aclarar más ciertos delitos. Es importante observar que las diversas fuentes a que se hace referencia en el presente documento fueron seleccionadas con un criterio exclusivamente objetivo y en razón de su pertinencia y no debe considerarse que reflejen una posición ni una opinión determinada.

El documento tiene la siguiente estructura. En *primer lugar*, se indican respecto de cada uno de los crímenes enumerados en el artículo 8 2) e) del Estatuto los resultados del estudio de las fuentes. Se emplea el término “elemento material para describir el *acsus reus* (el acto o la omisión) y la expresión “elemento de intencionalidad” para describir la *mens rea* o la intención necesaria para perpetrar el crimen. En *segundo lugar*, en un comentario que consigna un análisis de las diversas fuentes estudiadas se indican los fundamentos jurídicos de los resultados indicados.

Es importante señalar que en el presente documento no se hace referencia a la responsabilidad de los comandantes, los superiores o los subordinados (artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) ni a las cuestiones relativas a los crímenes de instigación, tentativa, conspiración u otras formas de complicidad (artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Abreviaturas

En el presente documento se emplean las abreviaturas siguientes:

A.D.	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
AIDH	Anuario Interamericano de Derechos Humanos
CG	Los Cuatro Convenios de Ginebra
CG I	Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña de 12 de agosto de 1949
CG II	Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 12 de agosto de 1949
CG III	Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949
CG IV	Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949
CIDH	Comisión (o Corte) Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
DNU	Documento de las Naciones Unidas
DOAG	Documentos Oficiales de la Asamblea General
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
PA I	Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977
PA II	Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1977
TIY	Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia
TIR	Tribunal Internacional para Rwanda

Artículo 8 2) e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional – Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional

Puntos generales comunes a los delitos tipificados en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Que los actos u omisiones se cometan en el contexto de un conflicto armado que no tenga índole internacional.

Comentario

- 1) Los actos u omisiones se cometan en el contexto de un conflicto armado no internacional

Los crímenes de guerra, tal como se definen en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto, se refieren a conducta en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional.

Definición de un conflicto armado que no es de índole internacional

La expresión “conflicto armado que no sea de índole internacional” deriva del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra: El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia determinó que un conflicto armado internacional “*existe siempre que [...] violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado*”³³⁶. Esta calificación se ha incluido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional con una modificación: la expresión “violencia armada prolongada” se ha reemplazado por “conflicto armado prolongado”. La adición de la palabra “prolongado” a un conflicto armado parece redundante ya que la violencia prolongada es un elemento constitutivo de un conflicto armado que no sea de índole internacional. Véanse también las fuentes relativas a las condiciones mínimas de un conflicto armado interno.

En lo que respecta a la definición de conflictos internos, deben tenerse en consideración los elementos descritos en el *apartado c) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949*. En suma, los puntos más importantes son los siguientes:

- La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en conflicto. Debe determinarse sobre la base de criterios objetivos.
- La expresión “conflicto armado” presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida;
- Tiene que existir la oposición de fuerzas armadas y cierta intensidad de los combates.

Estos últimos criterios, que están estrechamente relacionados, se usan exclusivamente con los fines, como mínimo, de distinguir un conflicto armado del bandidaje, las

³³⁶ TIY, Fiscal contra Dusko Tadic, decisiones sobre la excepción de la defensa para la apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, IT-94-1-AR72 párr. 70, pág. 37. Ésta se cita también en TIR, Fiscal contra Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, párr. 619.

insurrecciones desorganizadas y las de corta duración, que no están sujetas al derecho internacional humanitario.

Con respecto a la descripción del ámbito geográfico del conflicto armado y los posibles autores, véase el apartado c) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Comentarios sobre algunos crímenes concretos

Observaciones generales relativas a todos los crímenes

- Con respecto a los términos “ilegal” o “legal” utilizados en los elementos de varios crímenes, es importante insistir en que se refieren a la legalidad con arreglo al derecho internacional.
- El concepto de “intencionalmente” incluye los de “deliberadamente” y “temerariamente”, pero excluye la negligencia común. El término “a sabiendas” debe interpretarse en el sentido del artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que define el “conocimiento” como la conciencia de que existe una circunstancia o de que se va a producir una circunstancia en el curso normal de los acontecimientos (véase el párrafo 3 del artículo 30).

Artículo 8 2) e) v) — Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor se haya apropiado u obtenido contra la voluntad del propietario [por la fuerza] [ya sea aprovechando las circunstancias del conflicto armado o mediante el uso indebido de la fuerza militar] bienes privados o públicos en una ciudad o una plaza.

Elemento de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente con la intención concreta [de obtener ventaja indebida] [de privar al propietario o a alguna otra persona del uso o goce de la propiedad, o apropiarse del bien para el uso de una persona distinta del propietario].

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

Los instrumentos de derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales prohíben expresamente sólo el pillaje cometido por “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad” (apartado g) del párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Adicional II).

b) Fundamento jurídico

Al parecer no hay decisiones del TIY ni del TIR respecto de este delito.

Las conclusiones indicadas en la sección relativa al crimen de pillaje de una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto (artículo 8 2) b) xvi) del Estatuto) en el contexto de conflictos armados internacionales, son aplicables también en gran medida a este crimen cuando se cometan en el contexto de un conflicto armado no internacional. Por cuanto ambos crímenes se formulan exactamente de la misma manera, no hay indicaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de que este crimen tenga elementos constitutivos especiales diferentes en un conflicto armado internacional o no internacional. No obstante, cabe destacar que no hay normas concretas de derecho internacional humanitario que permitan las requisiciones, contribuciones, confiscaciones o toma de botín de guerra en un conflicto armado no internacional.

Artículo 8 2) e) vi) — Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

1. Referencia en tratados al crimen de guerra

No hay una referencia en tratados que contenga todos los diferentes actos descritos en este crimen de guerra. Los elementos constitutivos de crimen pueden hallarse en diversos instrumentos jurídicos. Como lo indica el TIY en el Asunto Delalic:

“No puede caber duda de que la violación y otras formas de agresión sexual están expresamente prohibidas con arreglo al derecho internacional humanitario. Los términos del artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra prohíben expresamente la violación, toda forma de atentado contra el pudor y la prostitución forzada de mujeres. Una prohibición de la violación, la prostitución forzada y toda forma de atentado al pudor se encuentra además en el artículo 4 2) del Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados internos. Ese Protocolo prohíbe implícitamente además la violación y los atentados al pudor en el artículo 4 1), que dice que todas las personas tienen derecho a que se respeten su persona y su honor [...].

Nada más que sobre la base de esas disposiciones existe una prohibición clara de la violación y los atentados contra el pudor en derecho internacional humanitario. No obstante, las disposiciones pertinentes no definen la violación³³⁷.

La disposición más pertinente del Protocolo Adicional II tiene el texto siguiente:

Artículo 4 2) e) del PA II:

“Los atentados contra la dignidad personal, en especial [...] la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”.

Según el artículo 4 1) del PA II, las personas protegidas contra esos actos son “todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de

³³⁷ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Fallo, *Fiscal contra Zejnil Delalic, Zdravko Masic, conocido también como “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo, también conocido como “Zenga”*, IT-96-21-T, párrs. 476 y sigs., págs. 172 y sigs. Véase también Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Fallo, *Fiscal contra Furundzija*, IT-95-17/1-T, párrs. 165 y sigs., págs. 65 y sigs.

participar en ellas, estén o no privadas de libertad". No obstante, no se ha incluido esta referencia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

2. Formas tipificadas de conducta

a) Resultados del estudio de las fuentes

aa) Violación

Elementos materiales

1. Que el autor haya cometido un acto de penetración sexual, por leve que sea:
 - a) De la vagina o el ano de la víctima con su pene o cualquier otro objeto que haya utilizado, o
 - b) De la boca de la víctima con su pene;
2. Que haya utilizado coacción, fuerza o amenaza de la fuerza contra la víctima o una tercera persona.

Elemento de intencionalidad

3. que el autor haya actuado intencionalmente.

bb) Esclavitud sexual

Elementos materiales

1. Que el autor haya tratado a una persona como un bien mueble, ejerciendo alguno o todos los poderes del derecho de propiedad, incluido el acceso sexual mediante violación u otra forma de violencia sexual.

Elementos de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

cc) Prostitución forzada

Elementos materiales

1. Que el autor haya impuesto condiciones de control sobre una persona y coaccionado a esa persona para realizar actividad sexual.

Elementos de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

dd) Embarazo forzado, tal como se ha definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7

Según el artículo 7 2) f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

"Por 'embarazo forzado' se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo."

ee) Esterilización forzada

No hay una base sólida en la jurisprudencia que indique los elementos de este crimen.

ff) Cualquier otra forma de violencia sexual que constituya además una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra**Elementos materiales**

1. Que el autor haya cometido un acto físico o psicológico de carácter sexual contra una persona en circunstancias que sean coercitivas.

Elementos de intencionalidad

2. Que el autor haya actuado intencionalmente.

b) Comentario

Las conclusiones indicadas en la sección que trata del crimen de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, tal como se definen en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra (art. 8 2) b) xxii) del Estatuto) en el contexto de los conflictos internacionales armados son aplicables también a este crimen cuando se comete en el contexto de un conflicto armado no internacional. Aunque la tipificación del crimen en un conflicto armado no internacional es ligeramente diferente, en particular con el uso de la expresión “que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”, en lugar de “que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”, no hay indicaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ni en otras fuentes de que este crimen tenga elementos constitutivos especiales diferentes en un conflicto armado internacional o no internacional.

Artículo 8 2) e) vii) – Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades

1. Resultados del estudio de las fuentes**Elementos materiales**

1. Que el autor haya provocado
 - a) El reclutamiento o alistamiento de un niño en las fuerzas armadas o grupos, o
 - b) Que los haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que el niño haya sido menor de 15 años.

Elementos de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado intencionalmente.
4. Que el autor
 - a) Supiera o fuera consciente de que el niño era menor de 15 años o

- b) Que intencionalmente haya pasado por alto el hecho de que el niño era menor de 15 años.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

Este crimen se ha derivado del artículo 4 3) c) del PA II, que dispone que:

“los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades.”

b) Fundamento jurídico

Al parecer no hay decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni del Tribunal Internacional para Rwanda respecto de este crimen.

A diferencia del crimen correspondiente en un conflicto armado internacional, se usan las expresiones “fuerzas armadas o grupos”³³⁸ en lugar de “fuerzas armadas nacionales” indicando claramente que tanto el reclutamiento o alistamiento en las fuerzas rebeldes como la participación activa de niños en hostilidades por el bando rebelde constituyen también un crimen de guerra.

Las conclusiones indicadas en la sección que trata del crimen de reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o su utilización para participar activamente en hostilidades (artículo 8 2) b) xxvi) del Estatuto) en el contexto de los conflictos armados internacionales también son aplicables a este crimen cuando se cometen en el contexto de un conflicto armado no internacional. Además de la redacción diferente y de las correspondientes consecuencias anteriormente indicadas, no hay indicaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ni en el PA II de que este crimen tenga elementos constitutivos diferentes en un conflicto armado internacional o no internacional.

Artículo 8 2) e) viii) – Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas

1. Resultado del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de la población civil o de un grupo de civiles por razones relacionadas con el conflicto.

³³⁸ Describiendo la labor preparatoria el comentario del CICR señala que la expresión “fuerzas armadas” de la alta parte contratante en el artículo 1 del PA II.

“debe entenderse en el sentido más amplio ... en realidad, esta expresión se escogió con preferencia respecto de otras sugeridas, como por ejemplo, ‘fuerzas armadas regulares’ a fin de abarcar todas las fuerzas armadas, incluidas las que no se habían incluido en la definición del ejército en la legislación nacional de algunos países (guardia nacional, policía aduanera, fuerzas policiales o algún otro tipo de fuerzas semejantes)”,

Junod, en: Comentario al PA, art. 1, No. 4462, pág. 1352.

2. Que el desplazamiento no haya sido exigido por la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado intencionalmente.

2. Comentario

a) Referencia en tratados al crimen de guerra

Este crimen deriva de la primera oración del párrafo 1 del artículo 17 del Protocolo Adicional II, cuyo texto es el siguiente:

“No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas.”

b) Fundamento jurídico

Al parecer no hay decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni del Tribunal Internacional para Rwanda respecto de este crimen. De una decisión del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia con arreglo al artículo 61 puede concluirse que el Tribunal considera que la “depuración étnica” es un ejemplo de desplazamiento forzado³³⁹. No obstante, en esa decisión el Tribunal no indicó concretamente los elementos de este crimen.

aa) Observaciones relativas al elemento material

El comentario del CICR respecto del artículo 17 del Protocolo Adicional II indica que

“El párrafo 1 abarca los desplazamientos de la población civil en tanto individuos o en grupos dentro del territorio de una parte contratante en que tenga lugar un conflicto.”

Este crimen prohíbe el desplazamiento forzado de la población civil, salvo en circunstancias excepcionales de dos tipos:

- La seguridad de la población civil.
- Razones militares imperiosas.

El artículo 49 2) del IV Convenio de Ginebra, aplicable a la evacuación en los conflictos armados internacionales, se refiere a las mismas circunstancias. Las indicaciones que se dan en el *artículo 8 2) a) vii) — Deportación, traslado o confinamiento ilegales, y el artículo 8 2) b) viii) — El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población al territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio*, pueden resultar útiles también respecto de este crimen.

En suma, se hicieron las siguientes indicaciones respecto de esas secciones:

- Con respecto a los intereses de seguridad:

³³⁹ TIY, *Fiscal contra Karadzic y Mladic*, IT-95-5-R61 e IT-95-18-R61, ILR 108, párrs. 60 y sigs., págs. 115 y sigs.

*“Si [...] una zona se halla en peligro como resultado de las operaciones militares o es probable que sea sometida a intenso bombardeo”, puede o debe ser evacuada “parcial o totalmente, situando a los habitantes en lugares de refugio.”*³⁴⁰

- Con respecto a las evacuaciones justificadas sobre la base de razones militares imperiosas, el comentario del CICR se refiere a situaciones *“en que la presencia de las personas protegidas en una zona obstaculice las operaciones militares”* y consideraciones militares insuperables hagan que la evacuación sea imperiosa³⁴¹.

En términos generales, la necesidad militar como fundamento de la derogación de una norma siempre requiere una evaluación sumamente meticulosa de las circunstancias. En este caso, la necesidad militar está condicionada por la referencia a “razones militares imperiosas”. Debe estudiarse la situación en forma sumamente detenida por cuanto el adjetivo “imperioso” reduce a un mínimo los casos en que pueda ordenarse ese desplazamiento³⁴².

Claramente, las razones militares imperiosas no pueden ser justificadas por motivos políticos. Por ejemplo, quedaría prohibido desplazar una población a fin de ejercer un control más efectivo sobre un grupo étnico disidente³⁴³.

Este crimen prohíbe solamente los desplazamientos forzados “por razones relacionadas con el conflicto”. De hecho, el desplazamiento puede resultar necesario en algunos casos de epidemia o desastres naturales, como inundaciones o terremotos. Esas circunstancias no están cubiertas por el art. 17 del Protocolo Adicional II, y así ocurre en el Art. 8 2) e) viii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Un elemento adicional para determinar la licitud puede hallarse en la segunda oración del primer párrafo del art. 17 del Protocolo Adicional II. Según esa disposición:

“[...] se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.”

Destacó también ese elemento en el contexto de un conflicto armado internacional en la causa *A. Krupp* el Tribunal Militar de los Estados Unidos, que adoptó la siguiente aclaración del Magistrado Philips en su opinión concordante en el *Juicio Milch*³⁴⁴, que se basó en la interpretación de la Ley No. 10 del Consejo de Control:

*“La deportación pasa a ser ilícita [...] siempre que se dejen de tomar en cuenta normas generalmente reconocidas de decencia y humanidad.”*³⁴⁵

Nota. Obsérvese que hay una disposición especial respecto de los niños en el art. 4 3) e) del Protocolo Adicional II:

“Se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la

³⁴⁰ Pictet (ed.), Comentario al IV Convenio de Ginebra, Ginebra, 1958, art. 147, pág. 280.

³⁴¹ Ibíd.

³⁴² Junod, en: Comentario del Protocolo Adicional, art. 17, No. 4853, págs. 1472 y sigs.

³⁴³ Junod, en: Comentario del Protocolo Adicional, art. 17, No. 4854, pág. 1473.

³⁴⁴ *Juicio Milch*, Tribunal Militar de los Estados Unidos, en: Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. VII, págs. 45 y 46, 55 y 56.

³⁴⁵ *Juicio de A. Krupp*, Tribunal Militar de los Estados Unidos, en: Comisión de las Naciones Unidas encargada de investigar los crímenes de guerra, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. X, págs. 144 y sigs. (la bastardilla añadida).

zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.”

bb) Observaciones relativas al elemento de intencionalidad

No parece haber jurisprudencia respecto del elemento de intencionalidad de este crimen hasta la fecha.

Artículo 8 2) e) xi) — Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud

1. Resultados del estudio de las fuentes

a) Mutilación física

Elementos materiales

1. Que el autor someta a mutilación física a una persona o que le cause una mutilación física.
2. Que la persona haya estado en poder de otra parte en el conflicto.
3. Que la conducta haya provocado la muerte o puesto gravemente en peligro su salud [física o mental].
4. Que la conducta sea ilícita (incluso con el consentimiento de la víctima) si no está justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, es decir, todo procedimiento médico que no esté indicado por el estado de salud de la persona interesada y que no se ajuste a las normas médicas generalmente aceptadas que serían aplicables en circunstancias médicas semejantes a personas pertenecientes a la parte que realiza el procedimiento y que no se hallen en modo alguno privadas de libertad.

Elemento de intencionalidad

5. Que el autor haya actuado intencionalmente.

b) Experimentos médicos o científicos

Elementos materiales

1. Que el delito se haya cometido por acto u omisión.
2. Que el acto u omisión haya provocado la muerte o puesto gravemente en peligro la salud [física o mental] de una persona.
3. Que la persona haya estado en poder de otra parte en el conflicto.
4. Que los experimentos médicos o científicos sean ilícitos (incluso con el consentimiento de la víctima) por no estar justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni llevarse a cabo en su interés, es decir, cualquier procedimiento médico que no esté indicado por el estado de salud de la persona de que se trate y que no se ajuste a normas médicas generalmente aceptadas que serían

aplicables en circunstancias médicas semejantes a las personas pertenecientes a la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de libertad.

Elemento de intencionalidad

5. Que el acto u omisión haya sido cometido intencionalmente.

2. Comentario

a) Referencias en tratados al crimen de guerra

Según el artículo 4 2) a) del Protocolo Adicional II, queda prohibida la mutilación de “*todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad*”. El artículo 5 2) e) del Protocolo Adicional II obliga a:

“*Los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 [las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas] [...], en la medida de sus posibilidades, [a] respetar las disposiciones siguientes relativas a esas personas: [...] e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificada. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refirió el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.”*

Como se ha señalado en el comentario del CICR:

“*El objeto de esta última oración es prohibir los experimentos médicos. La expresión ‘intervención médica’ significa ‘toda intervención que tenga por objeto influir en el estado de salud de la persona sometida a ella’.*”³⁴⁶

b) Fundamento jurídico

Al parecer no hay decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni del Tribunal Internacional para Rwanda respecto de este crimen.

Las conclusiones indicadas en la sección que trata del crimen de “Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud” (artículo 8 2) b) x) del Estatuto) en el contexto de los conflictos armados internacionales son aplicables también a este crimen cuando se cometan en el contexto de un conflicto armado no internacional. Aunque la redacción del crimen en un conflicto armado no internacional es ligeramente diferente:

³⁴⁶ Junod, en: Comentario del Protocolo Adicional, artículo 5, No.5393, pág. 1392. La disposición completa reitera el párrafo 1 del artículo 11 del Protocolo Adicional I. La interpretación de esas dos disposiciones exclusivamente humanitarias es idéntica y, por consiguiente, puede hacerse referencia también al comentario del artículo 11 del Protocolo Adicional I tal como figura en la sección relativa al artículo 8 2) b) x), ibid., No. 4588, pág. 1391.

- Las palabras “en poder de otra parte en el conflicto” en lugar de “en poder del perpetrador”,

no hay indicaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ni en otra fuente de que este crimen tenga elementos constitutivos especiales diferentes en un conflicto armado internacional o no internacional.

Artículo 8 2) e) xii) — Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo

1. Resultados del estudio de las fuentes

Elementos materiales

1. Que el autor haya cometido un acto ilícito que provoque la destrucción o confiscación de bienes de la parte contraria.
2. Que la destrucción o confiscación no haya sido imperativa en razón de las necesidades del conflicto.

Elemento de intencionalidad

3. Que el autor haya actuado intencionalmente.

2. Comentario

Al parecer no hay decisiones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ni del Tribunal Internacional para Rwanda con respecto a este crimen.

Las conclusiones indicadas en la sección que trata del crimen de Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo (artículo 8 2) b) xiii)) del Estatuto en el contexto de los conflictos armados internacionales son aplicables también a este crimen cuando se cometan en el contexto de un conflicto armado no internacional. Aunque la tipificación del crimen en un conflicto armado no internacional es ligeramente diferente en el texto inglés:

- La expresión “property of an adversary” en lugar de “enemy’s property”;
- La expresión “necesidades del conflicto” en lugar de “necesidades de la guerra”.

no hay indicaciones en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ni de otras fuentes de que este crimen contenga elementos constitutivos diferentes en un conflicto armado internacional o no internacional. No obstante, a fin de determinar la licitud de la destrucción o confiscación deben considerarse las disposiciones concretas aplicables a los conflictos armados no internacionales, en particular las que regulan las hostilidades tal como se reflejan en otros crímenes previstos en el presente Estatuto o como figuran en el Protocolo Adicional II, así como en el derecho internacional consuetudinario.
